PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

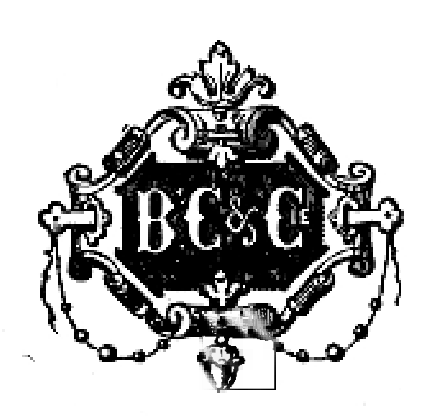
F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME VINGT-DEUXIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

1878

TITRE VI.

(TITRE V DU CODE CIVIL.)

DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX (suite).

CHAPITRE II.

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.

(Suite.)

SECTION III. — De l'administration de la communauté.

ARTICLE 1er. Pouvoir du mari.

§ Ier. *Du droit de disposition.*

Nº 1. DES ACTES A TITRE ONÉREUX.

I. *Pouvoir absolu du mari.*

1. Pothier pose le principe en ces termes : « Le mari, comme chef de la communauté, est réputé *seul seigneur* des biens de la communauté tant qu'elle dure, et il en peut disposer à son gré sans le consentement de sa femme. » C'est la reproduction de ce vieil adage coutumier qui dit que le mari est *seigneur* et *maître* de la communauté. Pothier ajoute que cela est vrai tant que la communauté dure ; à la dissolution, la femme peut accepter et partager les biens communs. En ce sens, Dumoulin disait que la femme n'est point associée, mais qu'elle espère le devenir (nº 193); elle le devient en acceptant ; si elle renonce, elle est censée n'avoir jamais été commune. De

même on disait du mari : « Il vit comme maître, il meurt comme associé. »

Est-ce que telle est encore la doctrine du code? La question est controversée ; les uns disent que le mari est toujours seigneur et maître (1), d'autres disent qu'il n'est plus qu'administrateur (2). C'est une discussion assez oiseuse, car le code détermine avec soin les pouvoirs du mari ; on ne peut donc pas les restreindre, par le motif qu'il ne serait qu'administrateur, et on ne peut pas les étendre par la raison qu'il est maître et seigneur. Toutefois il importe toujours que le langage juridique soit d'une précision rigoureuse. Le code ne dit point que le mari est seigneur et maître, mais il ne dit pas non plus que le mari est un simple administrateur. On cite l'article 1421, qui commence par dire : « Le mari administre seul les biens de la communauté. » Est-ce à dire que le code qualifie le mari d'administrateur de la communauté? L'article 1421 continue : « Il peut vendre les biens, les aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. » Est-ce que l'administrateur peut vendre et hypothéquer? Voilà des droits qui n'appartiennent qu'au propriétaire; donc le mari est maître; on peut donc toujours dire, comme dans l'ancien droit, qu'il est seigneur des biens de la communauté. Seulement la loi limite ses pouvoirs en ce qui concerne le droit de disposer à titre gratuit; sous ce rapport, le code déroge à l'ancien droit (art. 1422), mais cette dérogation a peu d'importance. Les donations sont rares; on trouve très-peu de maris disposés à donner, car en appauvrissant la communauté, ils s'appauvrissent eux-mêmes. A qui se font d'ordinaire les donations entre-vifs? Aux enfants, à titre de dot ou d'établissement; or, le mari peut disposer, à titre gratuit, des biens communs pour établir les enfants. Tout ce que l'on peut donc dire, c'est que le mari est maître et seigneur pour les actes à titre onéreux; il ne l'est plus pour les actes à titre gratuit.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 325, § 509. Colmet de Santerre, t. VI, p. 140, nº 65 *bis* I.

(2) Duranton, t. XIV, p. 374, nº 271. Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 258, note 1.

Même dans l'ancien droit, les pouvoirs du mari n'étaient pas aussi absolus que semblaient le dire les coutumes en le qualifiant de seigneur et maître. Pothier, après avoir dit que le mari *est réputé seul seigneur* des biens de la communauté et qu'il peut en disposer à son gré, ajoute une restriction, c'est que le mari ne peut rien faire en fraude de la part que la femme ou ses héritiers ont droit d'y avoir lors de la dissolution de communauté, et qu'il ne peut surtout s'en avantager à leur préjudice (1). Cela prouve que le mari est tout ensemble maître et associé; comme maître, il dispose des biens; comme associé, il ne peut en disposer en s'avantageant au préjudice de son associée.

2. Le mari peut vendre et aliéner les biens de la communauté sans le concours de la femme (art. 1421). La loi exprime la même idée par deux termes synonymes : vendre, c'est aliéner; le mot *aliéner* suffisait donc. Si le code dit *vendre* et *aliéner*, c'est, sans doute, pour marquer la plénitude du pouvoir de disposition qui appartient au mari. Ce pouvoir reçoit cependant une exception d'après la jurisprudence. La mère et l'aïeule donnent leurs portraits à leur fille et petite-fille mariée sous le régime de communauté. Après leur décès, le mari s'engage, sans le concours de sa femme, à remettre les portraits à son beau-père. En avait-il le droit? La cour de Paris a jugé que le mari n'avait pu, en cette qualité, obliger sa femme à remettre les portraits litigieux (2). En droit strict, la décision est difficile à justifier. Le mobilier présent et futur de la femme entre en communauté, donc aussi les portraits de famille qui lui appartiennent. On lit dans l'arrêt qu'une telle propriété, toute personnelle de sa nature, ne saurait être soumise sans restriction, même à l'application des règles relatives aux droits du mari sur les objets mobiliers appartenant à sa femme commune en biens. Cela est très-vague; la cour fait des portraits de famille une propriété à part, sans que l'on sache ce que c'est que cette propriété spéciale. Il y avait un autre motif de décider.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 467.
(2) Paris, 29 mars 1873 (Dalloz, 1874, 2, 129).

Le mobilier donné à l'un des époux tombe en communauté, mais le donateur peut exprimer le contraire. Est-il nécessaire d'exprimer le contraire quand il s'agit de portraits de famille? L'article 1401 suppose que les choses données ont une valeur pécuniaire, tandis que les portraits de famille n'ont qu'une valeur d'affection. C'est dire que la volonté contraire que la loi exige résulte ici de la nature même de la chose donnée.

3. Nous maintenons donc la règle dans les termes absolus de l'article 1421 ; à titre onéreux, le mari peut aliéner comme il l'entend et sous telle condition qu'il veut. Il peut donc vendre les biens en se réservant l'usufruit. C'est vendre la nue propriété ; or, aucune disposition de la loi ne défend au mari d'aliéner la nue propriété à titre onéreux. L'article 1422 qui permet au mari de disposer à titre gratuit des objets mobiliers de la communauté, y ajoute cette restriction : « Pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. » Cette restriction est étrangère aux actes à titre onéreux ; dans l'espèce, le mari ne donne pas, il vend la nue propriété. Devant la cour d'Orléans, on a invoqué contre le mari l'article 918 qui considère comme une donation la vente avec réserve d'usufruit faite à un successible en ligne directe. C'est un curieux exemple de ce qui se voit trop souvent dans la pratique. On mêle et on confond toutes les dispositions, tous les principes, sans tenir compte ni du texte ni de l'esprit de la loi. Il suffit de lire l'article 918 pour se convaincre qu'il n'a rien de commun avec l'article 1422. La cour a fait justice de cette étrange confusion (1).

On demande quel sera l'effet de la réserve d'usufruit que le mari aura faite à son profit? Il est certain que cet usufruit ne sera pas un propre pour le mari, car le mari ne peut pas se servir des biens de la communauté dans son intérêt, pour se constituer des propres. Tout ce qu'il acquiert devient conquêt ; l'usufruit appartiendra donc à la communauté, c'est-à-dire aux deux époux et ne s'éteindra qu'à la mort du dernier mourant (2).

(1) Orléans, 14 mai 1864 (Dalloz, 1864, 2, 172).
(2) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 145, n° 66 *bis* VI.

4. De même le mari pourra aliéner moyennant une rente viagère; cela a été contesté, mais la jurisprudence s'est prononcée en faveur du mari. Son droit n'est pas douteux; il a le pouvoir absolu de vendre et d'aliéner, donc il peut le faire sous telles conditions que bon lui semble; il est vrai que c'est une vente à fonds perdu, mais le mari n'a-t-il pas le droit de perdre les biens communs? Dans l'espèce, il y a plutôt contrat aléatoire que perte, les chances peuvent être pour la communauté comme elles peuvent tourner contre elle (1).

Quel sera l'effet de la constitution de rente? Il faut voir sur la tête de qui la rente a été constituée. Aux termes de l'article 1971, la rente viagère peut être constituée soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir. Elle peut, dit l'article 1972, être constituée sur une ou plusieurs têtes. Si la rente a été établie sur la tête des deux époux, elle passe, en cas de mort de l'un d'eux, au survivant; en totalité, si elle a été stipulée réversible en totalité, et, dans le cas contraire, pour moitié. Si la rente n'a été constituée que sur la tête du mari, elle s'éteint avec lui quand il vient à prédécéder. S'il survit, a-t-il seul droit aux arrérages? Non, car le mari n'a pas le droit de se créer des propres aux dépens de la communauté; c'est donc le cas d'appliquer la restriction de Pothier : le mari ne peut jamais s'avantager aux dépens de la communauté; la rente viagère forme le prix d'un conquêt, elle appartient donc à la communauté et doit être partagée comme tous les autres biens communs (2).

Il peut encore se présenter une autre hypothèse : les deux époux vendent conjointement pour une rente viagère avec clause de réversibilité au profit du survivant. Nous avons dit ailleurs quel est l'effet de cette clause (t. XXI, n° 219).

5. Puisque le mari peut aliéner, il s'ensuit qu'il est

(1) Reims, 16 juin 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1129).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 283, note 9, § 507. Rodière et Pont, t. II, p. 158, n° 871. Orléans, 28 décembre 1843, et Paris, 19 décembre 1819 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1131). Comparez, t. XXI, n° 218, p. 258.

propriétaire et qu'il peut faire tous les actes pour lesquels la loi exige la capacité d'aliéner. L'article 1421 applique le principe à l'hypothèque; le mari peut hypothéquer, parce qu'il est propriétaire. Il en est de même de tous les autres démembrements de la propriété, servitudes, emphytéose, superficie. Aux termes de l'article 2172 (loi hyp., art. 100), le délaissement par hypothèque peut être fait par les tiers détenteurs qui ont la capacité d'aliéner; il a été jugé, en conséquence, que le mari peut délaisser; le délaissement conduit à l'aliénation; or, le mari a le pouvoir absolu d'aliéner (1). A plus forte raison, le mari peut-il seul surenchérir (2).

6. Si le mari a le droit d'aliéner sans le concours de la femme, à plus forte raison a-t-il le droit d'administrer *seul*, comme le dit l'article 1421. Il faut se garder d'en conclure que le mari n'est qu'un simple administrateur. Ceux qui administrent le patrimoine d'autrui doivent gérer en bons pères de famille, comme le code le dit du tuteur (art. 450). Aucune disposition ne déclare le mari responsable de son administration; il faut donc dire, sous l'empire du droit nouveau, ce que Pothier disait sous l'ancien droit : « Le mari peut, à son gré, *perdre* les biens de la communauté sans en être comptable; il peut laisser périr par la prescription les droits qui dépendent de sa communauté, dégrader les héritages, briser les meubles, tuer par brutalité des chevaux et autres animaux dépendants de la communauté, sans être comptable à sa femme de toutes ces choses (3). » Nous dirons plus loin quels sont les droits de la femme quand le mari abuse de son pouvoir absolu.

Pothier dit que le mari n'est pas comptable; il entend par là que le mari n'est pas responsable; la femme n'a pas d'action contre lui, comme le mineur a action contre son tuteur; il use et abuse en qualité de seigneur et maître. Mais la jurisprudence admet que le mari doit rendre

(1) Bruxelles, 9 floréal an XIII (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1128).
(2) Paris, 4 mars 1815 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1134).
(3) Pothier, *De la communauté*, n° 470.

compte de ses dépenses si la femme a intérêt de l'exiger. La femme demande la séparation de corps et quitte le domicile conjugal; la séparation étant prononcée, on liquide la communauté; la femme prétend que le mari a diverti des effets de la communauté. Elle qualifiait les dépenses non justifiées de divertissement et de recel. Le mari répondit que, maître de la communauté, il ne devait aucun compte à sa femme pendant tout le temps que la communauté avait existé. Il a été jugé par la cour de Paris que si le mari n'est pas responsable, il est néanmoins comptable, en ce sens qu'il doit, lors de la dissolution de la communauté, justifier sinon de l'utilité ou de la légitimité, au moins de la réalité et de l'importance des dépenses qu'il a faites. Elle condamna, en conséquence, le mari à la récompense d'une somme de 16,000 francs dont il ne justifiait pas l'emploi (1).

Cette décision nous paraît contestable. Il est très-difficile d'admettre que le mari soit comptable, alors que la théorie traditionnelle, consacrée par le code, lui donne le droit de perdre les biens de la communauté. Il est vrai que ce pouvoir absolu souffre des restrictions : le mari doit récompense quand il a tiré un profit personnel des biens de la communauté (art. 1437). Est-ce à dire que le mari doive compte pour prouver qu'il ne s'est pas avantagé au préjudice de sa femme? La loi ne dit pas cela; c'est à la femme qui prétend que le mari doit récompense à prouver qu'il a tiré profit de la communauté. Le mari ne doit donc pas justifier ses dépenses, il est défendeur, et comme tel, il n'a rien à prouver. Il y a un arrêt de la cour de Liége en ce sens (2).

7. Le pouvoir absolu que le mari a sur les biens de la communauté est-il d'ordre public? Aux termes de l'article 1388, les époux ne peuvent pas, par leurs conventions matrimoniales, déroger aux droits du mari comme *chef*. Nous avons dit quel est le sens de cette disposition (n°s 123-125). Elle n'empêche pas que le mari donne mandat à

(1) Paris, 19 mai 1870 (Dalloz, 1871, 2, 40).
(2) Liége, 19 décembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 78).

la femme d'administrer la communauté; seulement ce mandat n'implique pas que le mari délègue ses pouvoirs. Les pouvoirs du mari, comme chef de la communauté, tiennent à l'ordre public, puisqu'ils découlent de la puissance maritale; or, ces pouvoirs ne se délèguent point. Le mandat que le mari donne à sa femme soulève encore d'autres difficultés; nous y reviendrons.

II. *Le pouvoir absolu du mari et la personnification de la communauté.*

8. Nous avons examiné la question de la personnification de la communauté au point de vue de l'actif (t. XXI, n[os] 210 et 211) et au point de vue du passif (n[os] 392-394). Il nous reste à voir si la communauté doit être considérée comme une personne morale, en ce qui concerne l'administration des biens communs. Le pouvoir absolu du mari absorbe les droits de la femme, son associée; quand un seul associé, le mari, est seigneur et maître des biens communs, on ne voit pas pourquoi le législateur créerait un être fictif qui se distingue des deux époux; il n'y a pas de place pour la fiction en présence du pouvoir absolu du mari. L'article 1421 dit que le mari a le pouvoir illimité de disposer à titre onéreux; c'est la vieille maxime coutumière : le mari disposant en seigneur et maître, il est plus qu'inutile d'imaginer une personne morale au nom de laquelle le mari agirait. Ce serait enlever au mari un pouvoir que la loi lui accorde à raison de la puissance maritale; il ne serait pas seigneur et maître, il ne serait qu'un administrateur, un gérant. La loi ne dit pas cela, et dans la doctrine traditionnelle, elle ne pouvait pas le dire; là où il y a un maître absolu, la fiction n'a plus de raison d'être; or, il est de principe que la loi ne crée des personnes civiles que pour cause d'utilité, le plus souvent de nécessité publique. Au point de vue pratique, la question est oiseuse; qu'importe que le mari agisse comme gérant d'une personne morale ou comme chef de la communauté? Il n'y a rien de changé à la nature ni aux effets des actes de disposition ou d'administration qu'il a le droit de faire.

9. La question de la personnification de la communauté ne présente quelque intérêt pratique que lorsqu'il s'agit d'actes à titre gratuit. Aux termes de l'article 1422, le mari ne peut disposer d'un conquêt à titre gratuit. S'il donne un immeuble et que, par l'effet du partage, cet immeuble soit mis dans son lot, la donation sera-t-elle valable? Oui, si les deux époux étaient copropriétaires par indivis; car, dans cette supposition, le partage rétroagit au jour de l'acquisition, puisque de ce jour l'indivision a commencé. Non, si l'immeuble appartenait à un être moral; dans cette supposition, le mari aurait disposé d'un bien appartenant à un tiers, ce qui rendrait l'acte nul. Le texte du code ne décide pas directement la question, mais l'article 1423 la décide implicitement en matière de legs. Le mari lègue un conquêt; si l'immeuble tombe au lot de ses héritiers, le legs est valable. Cela implique que le partage rétroagit au jour de l'acquisition; donc l'immeuble n'a jamais appartenu à un être moral indépendant des deux époux.

La même question se présente quand le mari et la femme font donation d'un conquêt. Nous dirons plus loin que la jurisprudence admet généralement la validité de cette donation; cela suppose que les deux époux sont copropriétaires par indivis, et l'article 1423, que nous venons de citer, prouve que telle est la théorie du code (1).

N° 2. DES ACTES A TITRE GRATUIT.

I. *Donations entre-vifs.*

1. CE QUE LE MARI PEUT DONNER.

10. L'article 1422 soumet à des restrictions importantes le droit du mari de disposer à titre gratuit. Il en résulte qu'en règle générale le mari ne peut pas disposer à titre gratuit des effets de la communauté, qu'il ne le peut que par exception. Ainsi il ne peut pas donner des immeubles de la communauté, ni l'universalité ou une quo-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 44, nos 18 *bis* VII, IX et X.

tité du mobilier. Il ne peut donner que des effets mobiliers à titre particulier. Le code civil déroge, sous ce rapport, à l'ancien droit. D'après la coutume de Paris (art. 225), le mari pouvait disposer, sans le concours de sa femme, des immeubles communs « par donation ou autre disposition entre-vifs, à son plaisir et volonté, à personne capable et sans fraude. » C'était le droit commun des pays coutumiers. Il y avait des exceptions : quelques coutumes ne regardaient le mari que comme simple administrateur et ne lui permettaient pas, en conséquence, de donner entre-vifs (1). Le code fait de cette exception une règle. Déjà, dans l'ancien droit, le pouvoir du mari de disposer à titre gratuit avait été critiqué comme contraire à l'essence de la société qui existe entre les époux, soit par la coutume, soit par la convention des parties. Le mari, dit Ferrière, peut être le maître des biens de la communauté, comme chef, pour en administrer les biens et non pas pour les perdre de dessein prémédité, car *donner, c'est perdre.* L'administration rend quelquefois les aliénations nécessaires, mais les donations entre-vifs sans cause ne devraient pas être permises au préjudice du droit que la femme aura dans les biens de la communauté par l'acceptation qu'elle en fera (2). La critique était juste; les auteurs du code en ont tenu compte. On lit dans le discours de Siméon, l'orateur du Tribunat : « Lorsque le mari hypothèque ou aliène, on présume que c'est par besoin. Il reçoit un prêt ou le prix d'une vente; on croit qu'il en fera un emploi utile. Hypothéquer, vendre, c'est administrer (dans la plus large acception du mot); mais donner, sous certains rapports, c'est perdre. La disposition à titre gratuit excède les pouvoirs de l'administration; car *administration* et *conservation* sont des termes corrélatifs, et si l'administration exige des sacrifices, ils doivent avoir une indemnité que la disposition à titre gratuit ne peut pas donner (3). »

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 471 et 472.

(2) Ferrière, *Coutumes de Paris*, t. III, p. 222, no 1 (glose IIIe sur l'article 225).

(3) Siméon, *Discours*, no 29 (Locré, t. VI, p. 463). Comparez Troplong, t. I, p. 277, no 885.

11. Le système du code prête aussi à des critiques; il a innové, mais on lui reproche que l'innovation n'est pas assez radicale. Il permet au mari de donner des effets mobiliers, ce qui comprend l'argent (1); il lui défend de donner un immeuble; il peut donner 100,000 francs, il ne peut pas donner une méchante bicoque de 100 francs. Cela est-il rationnel? Tout en s'écartant de la tradition, les auteurs du code sont restés sous l'influence des idées traditionnelles. On ne peut s'expliquer autrement la différence qu'ils font entre les meubles et les immeubles. Certes personne ne dira aujourd'hui avec d'Argentré qu'une valeur mobilière de 100,000 francs soit une chose vile, et que la possession d'un immeuble, quelque modique qu'en soit la valeur, est chose plus précieuse.

L'article 1422 défend au mari de donner l'universalité ou une quotité du mobilier, et il parle de dispositions entre-vifs. Cela est d'abord contradictoire. On ne peut pas donner entre-vifs l'universalité du mobilier; quand même le donateur donnerait tout le mobilier qu'il possède, ce ne serait qu'une donation de biens particuliers, que le mari est libre de faire d'après l'article 1422 (2). Pour qu'il y ait donation universelle ou à titre universel, il faut supposer que le mari fait une institution contractuelle, c'est-à-dire une donation de biens à venir (3). Cette interprétation, la seule admissible, aboutit à une nouvelle anomalie. Le mari qui donne tout ou partie du mobilier qu'il laissera à son décès ne se dépouille pas actuellement, la communauté reste propriétaire, cependant la disposition est nulle. Tandis que la donation entre-vifs dépouille le donateur actuellement et irrévocablement. Ainsi le mari peut donner des valeurs en espèces ou en obligations et actions pour 100,000 francs; il peut épuiser la communauté par des dons particuliers, et on ne lui permet pas de donner une faible partie du mobilier par institution contractuelle; il lui est permis de se dépouiller lui et la communauté; il

(1) Paris, 23 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 2, 206).
(2) Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Gand, 24 mars 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 73). La cour a mal jugé : voyez le réquisitoire de l'avocat général De Bavay (*ibid.*, p. 74).
(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 143, n° 66 *bis* II.

ne lui est pas permis de faire une libéralité qui ne dépouile pas la communauté. On peut répondre que le mari serait plus disposé à faire une libéralité qui ne lui enlève ni la jouissance de la chose ni le droit de l'aliéner qu'une libéralité par laquelle il se prive actuellement de la chose qu'il donne. Cela est vrai, mais nous doutons que les auteurs du code l'aient entendu ainsi; ils n'ont parlé que des donations entre-vifs et ils entendent par là une donation actuelle, de biens présents. S'ils avaient songé à l'institution contractuelle, ils auraient emprunté à l'article 1083 une disposition plus rationnelle que celle de l'article 1422, en permettant seulement au mari de disposer, à titre gratuit, « pour des sommes modiques, à titre de récompense ou autrement (1). »

12. L'article 1422, tout en permettant au mari de disposer à titre gratuit des effets mobiliers, y ajoute une restriction : « Pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. » Au premier abord, il paraît singulier de permettre au mari de donner des effets mobiliers en toute propriété et de lui défendre de donner la nue propriété; cela prouve qu'il n'est pas toujours vrai de dire : Qui peut le plus, peut le moins. L'anomalie n'est, du reste, qu'apparente : donner, c'est se dépouiller soi-même; en ce sens, les jurisconsultes romains disaient que *donner*, c'est *perdre*. Si donc le mari veut donner des effets de la communauté, il faut qu'il les donne de manière à se dépouiller, c'est-à-dire qu'il fasse une donation en toute propriété. S'il donnait en se réservant l'usufruit, il ne se priverait de rien et dépouillerait sa femme; la loi n'a pas pu autoriser une pareille libéralité, alors que c'est un associé qui la fait aux dépens de son coassocié.

13. L'article 1422 fait une exception à la règle qui défend au mari de disposer à titre gratuit des immeubles et de l'universalité du mobilier; il peut donner les biens de la communauté aux enfants communs pour leur *établissement*. Qu'entend-on par *établissement?* Ce mot a un sens technique en droit; il s'entend, non-seulement d'un éta-

(1) Comparez Mourlon, t. III, p. 51, nos 126-128. Toullier, t. VI, 2, p. 275, no 311.

blissement par mariage, mais aussi d'un établissement industriel ou commercial. C'est en ce sens que l'article 204 dit que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un *établissement par mariage ou autrement.* Mais si les père et mère ne sont pas obligés civilement d'établir leurs enfants, ils y sont tenus en vertu d'une obligation naturelle (t. XVII, n° 18). Le père, en établissant un enfant né du mariage, acquitte donc une dette qui est commune à la femme; il est juste qu'une dette commune aux deux époux soit supportée par la communauté, puisque la société des biens que forment les époux a pour objet de subvenir aux dépenses communes. C'est dans le même sens que la loi se sert du mot *établissement* dans l'article 1427, et c'est par un motif identique qu'elle permet à la femme d'obliger la communauté en cas d'absence du mari quand il s'agit d'établir un enfant commun (1).

14. L'exception a donné lieu à des difficultés. On demande d'abord si le mari pourrait disposer de tous les biens de la communauté pour l'établissement d'un enfant commun. La cour de cassation a décidé la question affirmativement. Nous croyons qu'elle a bien jugé. A notre avis, le texte ne laisse aucun doute, ce qui est décisif. L'article 1422 commence par dire que le mari ne peut disposer à titre gratuit des *immeubles de la communauté* ni de *l'universalité du mobilier*. Telle est la règle : quelle en est la portée? Il n'y a pas de doute quant au mobilier; en ce qui concerne les immeubles, la prohibition de la loi est absolue, elle porte non-seulement sur l'universalité des immeubles, mais encore sur des immeubles particuliers; voilà pourquoi la loi dit en termes généraux que le mari ne peut disposer des *immeubles de la communauté.* A cette prohibition, la loi apporte une exception; la prohibition étant absolue, l'exception aussi est absolue, c'est dire que le mari peut donner aux enfants communs tout ce qu'il lui est défendu, en général, de donner; par conséquent, il peut donner toute la communauté. La cour de cassation invoque encore l'arti-

(1) Troplong, t. I, p. 280, n°s 896 et 897, et tous les auteurs

cle 1423, aux termes duquel la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder *sa part* dans la communauté; d'où l'on doit induire que les donations entre-vifs peuvent comprendre toute la communauté, au profit des enfants communs, bien entendu. C'est, il est vrai, un argument du silence de la loi, mais il est en harmonie avec la disposition de l'article 1422; les deux articles qui se suivent ne forment qu'une seule et même disposition qui a pour objet de déterminer ce que le mari peut donner à titre gratuit. La loi distingue : par testament, le mari ne peut donner que ce qui lui appartient à sa mort, c'est-à-dire la moitié de la communauté; entre-vifs, il peut donner à des enfants communs les immeubles et l'universalité du mobilier, donc toute la communauté (1).

15. Les auteurs approuvent, en général, la décision que nous venons d'analyser, mais ils y ajoutent des restrictions qui soulèvent de nouvelles difficultés. Troplong dit qu'il est pleinement de l'avis de la cour de cassation: le mari peut donner toute la communauté à un enfant à titre de dot. Mais si la femme n'a point de patrimoine personnel, et si le mari la laisse injustement sans ressources et la place dans une dépendance dégradante à l'égard de ses enfants, alors il est *équitable* de venir à son secours et de *réduire* une donation qui porte les caractères du mauvais vouloir et de la *fraude*. Troplong conclut que la femme aura droit à une *récompense* et qu'elle pourra exiger un *partage* (2). Nous transcrivons cette étrange opinion pour donner une idée de la manière d'un auteur qui n'a aucun principe certain et qui, sur une même et seule question, dit les choses les plus contradictoires. Ecartons d'abord l'*équité* que Troplong invoque; lui-même se fonde sur un principe juridique, celui qui défend au mari de faire fraude aux droits de la femme. Nous reviendrons sur cette restriction que reçoit le pouvoir du mari. Il faut choisir entre le droit et l'équité. L'équité ne donne aucune action, il faut donc voir si le

(1) Rejet, 2 janvier 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1174). En sens contraire, Duranton, t. XI, n° 281 de l'édition de 1844.
(2) Troplong, t. I, p. 281, nos 901 et 902.

droit permet à la femme d'agir. A quoi tend son action? On ne le sait. Troplong dit que la femme peut demander la *réduction* de la libéralité excessive faite par le mari : quel est le texte, quel est le principe qui autorise le juge à réduire une donation faite par le mari dans la limite de son pouvoir? Car Troplong lui reconnaît le pouvoir de donner toute la communauté, il s'agit donc d'une exception : y a-t-il une exception sans texte? Troplong dit ensuite que la femme peut demander un partage : qu'est-ce à dire? La femme demandera-t-elle le partage de toute la communauté? Il n'y a pas d'autre partage; elle prendra donc la moitié des biens. Et que deviendra la donation faite à l'enfant? et pourquoi ne lui donne-t-on que la moitié alors qu'il est donataire du tout? Nous pourrions multiplier ces questions et la réponse serait toujours la même : le droit de Troplong est un droit imaginaire. En veut-on la preuve? Troplong dit encore que la femme peut demander une *récompense* et qu'elle peut agir pour cause de *fraude*. La *récompense* n'est pas une *réduction*, et l'action pour fraude tend à l'annulation de l'acte frauduleux. Voilà donc trois principes différents que Troplong invoque : auquel faut-il s'en tenir? Il ne peut être question de *récompense* due par le mari; il suffit de lire l'article 1437 pour s'en convaincre : où est le profit personnel que le mari tire des biens de la communauté en donnant tous ces biens à un enfant commun? La question n'a point de sens. Reste la fraude. Si le mari a fait la donation en fraude de la femme, celle-ci en peut demander l'annulation; il peut donc y avoir lieu à nullité, mais il ne peut s'agir ni de récompense ni de réduction.

16. La cour de cassation, dans l'arrêt qui a donné lieu à ces débats, décide que le mari peut donner toute la communauté par institution contractuelle. C'est ce point que Marcadé attaque. D'après lui, le mari peut seulement disposer de la communauté par donation entre-vifs; quant à la donation de biens à venir, on doit l'assimiler à un legs, puisque, de même que le legs, elle n'a d'effet qu'à la mort du disposant. Zachariæ enseigne également qu'il faut appliquer à l'institution contractuelle, non l'article 1422

relatif aux donations, mais l'article 1423 relatif aux legs(1). Nous croyons que le texte de la loi résiste à cette interprétation. Le mari peut-il disposer à titre gratuit des biens de la communauté? Telle est la question à laquelle le code répond dans les articles 1422 et 1423. Il distingue les donations entre-vifs et les donations testamentaires. Dans quelle catégorie faut-il ranger l'institution contractuelle? Ce n'est pas un legs, donc l'article 1423 n'est pas applicable. C'est une donation entre-vifs, en ce sens que le donateur investit actuellement et irrévocablement le donataire de la qualité d'héritier. Cela décide déjà la question. Il y a plus : l'article 1422 comprend implicitement la donation de biens à venir. Nous en avons déjà fait la remarque (n° 11). La loi défend au mari de disposer de l'universalité du mobilier; or, il est impossible de faire une disposition pareille sinon par une institution contractuelle : on ne peut pas donner à titre universel par une donation ordinaire. C'est ce que nous avons démontré au titre des *Donations* (t. XII, n° 399). Le texte de la loi décide donc la question. On prétend que la donation de la communauté faite par institution contractuelle est inexécutable. Supposons que la communauté se dissolve et que le mari survive : à qui passeront les biens? Le donataire ne peut pas les recueillir, puisqu'il ne prend les biens qu'à la mort du donateur. Quant au mari, il ne peut recueillir que la moitié des biens, et la femme ne peut rien réclamer, puisque toute la communauté a été donnée à l'enfant. L'objection ne nous paraît pas sérieuse. L'institution contractuelle n'est pas ouverte, donc les biens donnés se partageront d'après le droit commun. Si le mari peut prendre la moitié comme donateur, la femme aussi peut prendre la moitié au même titre ; car, en acceptant, elle est censée avoir concouru à tous les actes du mari, elle est donc censée avoir donné avec lui.

17. Dans notre opinion, le mari jouit d'une liberté absolue de disposer des biens de la communauté pour

(1) Marcadé, t. V, p. 530, n° III de l'article 1423 Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. IV, p. 90, note 9, et p. 92, note 12.

l'établissement des enfants communs. En faut-il conclure que le mari peut dispenser l'enfant donataire du rapport éventuel des biens donnés à la succession de sa mère? Nous avons dit plus haut que les biens donnés par le mari comme chef de la communauté doivent être rapportés à la succession de la mère, pour une moitié, lorsque la mère accepte. En effet, en acceptant, elle devient donatrice; il y a donc lieu d'appliquer le principe en vertu duquel le rapport se fait à la succession du donateur. Dira-t-on que la femme, en acceptant, s'approprie la donation telle qu'elle a été faite, c'est-à-dire avec dispense de rapport? C'est un motif de douter. En principe, la femme qui accepte est censée avoir contracté avec le mari et, par conséquent, avoir consenti toutes les clauses du contrat. Ce principe s'applique-t-il à la dispense de rapport? La cour de Douai a jugé la question négativement, et nous croyons qu'elle a bien jugé (1). Dispenser du rapport, c'est donner sur le disponible; c'est donc se priver de la faculté de faire des libéralités jusqu'à concurrence des biens donnés; il faut pour cela la volonté du donateur; le mari peut bien dispenser du rapport en ce qui le concerne, mais il ne peut pas renoncer à un droit qui appartient à la femme. Quant à l'acceptation de celle-ci, elle ne porte que sur la donation qu'elle s'approprie pour moitié; elle ne s'approprie pas une dispense de rapport qui est toute personnelle au mari. Le mari a dispensé du rapport comme donateur; or, par l'effet de l'acceptation de la femme, il n'est donateur que pour moitié; la dispense de rapport ne peut donc valoir que pour cette moitié.

18. Nous avons exposé la théorie du code d'après le texte et l'esprit de la loi. La théorie prête à bien des critiques. Mais si la loi est mauvaise, il n'appartient pas à l'interprète de la corriger. La jurisprudence est cependant entrée dans cette voie. C'est faire la loi, et l'interprète n'a pas ce droit. Le mari donne des effets mobiliers de la communauté à titre gratuit : il a été jugé que la donation est nulle si elle comprend la majeure partie de la commu-

(1) Douai, 26 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 2, 235).

nauté; dans l'espèce, le don manuel s'élevait aux neuf seizièmes de l'actif mobilier de la communauté. La cour de Rouen l'annula. Elle se fonde sur l'esprit de la loi. Pourquoi le code ne permet-il pas au mari de disposer à titre universel? pourquoi, quand il dispose à titre particulier, lui est-il défendu de se réserver l'usufruit? La loi veut limiter et entraver la faculté de disposer dans l'intérêt de la femme. Donc on ne peut pas permettre au mari de disposer d'une masse d'effets mobiliers sous l'apparence d'une disposition à titre particulier. La loi défend au mari de disposer d'un dixième du mobilier à titre universel; et on lui permettra de disposer des neuf dixièmes à titre particulier! Cela est absurde. La cour en conclut que le mari ne peut pas donner plus de la moitié des biens (1). Nous demanderons à la cour en vertu de quelle loi ou de quel principe elle limite le droit de disposer, à titre particulier, à la moitié plutôt qu'au tiers ou au quart? Appartient-il au juge de fixer une limite arbitraire au delà de laquelle la donation sera nulle? Le reproche d'absurdité s'adresse au législateur, il ne nous touche pas. Comment la cour n'a-t-elle pas vu que sa décision prête au même reproche? Le mari ne peut pas donner un dixième à titre universel, et il peut donner une moitié à titre particulier! Il n'y a qu'une voie légale d'attaquer les donations excessives, c'est de prouver que le mari les a faites en fraude des droits de la femme. La cour de Rouen invoque la fraude. Voilà un principe, mais ce principe n'a rien de commun avec la valeur des biens donnés; nous y reviendrons.

2. DES DONATIONS QUI DÉPASSENT LA LIMITE LÉGALE.

19. L'article 1422 défend au mari de donner des immeubles de la communauté, ou une universalité de mobilier; il lui défend de disposer des effets mobiliers à titre particulier en se réservant l'usufruit. La loi ne prononce pas la nullité des donations qui dépassent ces limites. Toutefois la jurisprudence et la doctrine admettent qu'il y

(1) Rouen, 25 janvier 1860 (Dalloz, 1861, 5, 86). Dans le même sens, Toulouse, 22 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 162).

a nullité. La disposition est conçue en termes prohibitifs, et elle a pour objet de sauvegarder les droits de la femme contre l'abus de pouvoir du mari. C'est le cas d'appliquer le principe que la prohibition implique nullité et qu'il y a nullité virtuelle quand une disposition essentielle de la loi a été violée (t. I[er], n[os] 67 et 68).

20. Quel est le caractère de cette nullité? Sur ce point encore, il ne saurait y avoir de doute. La disposition qui limite le droit du mari de disposer à titre gratuit n'est pas fondée sur une incapacité du mari, ni sur l'indisponibilité des biens; l'unique but de la loi est de sauvegarder les droits de la femme; donc la nullité n'est établie que dans son intérêt, elle est relative de sa nature. Il en était ainsi dans l'ancien droit; les témoignages abondent, nous nous contenterons de citer Renusson : « La donation ne pourra valoir au préjudice de la femme, mais, hors l'intérêt de la femme, la donation ne laissera pas de valoir et d'avoir son effet (1). » Mais la donation est nulle de droit, en ce sens que le juge en doit prononcer la nullité dès que la femme la demande, par cela seul que le mari a dépassé les limites de la loi, car la donation est nulle pour violation de la loi (2).

21. Jusqu'ici tout le monde est d'accord. Faut-il conclure des principes que nous venons de formuler que la femme peut renoncer au droit que la loi n'établit qu'en sa faveur, en concourant avec le mari dans l'acte de donation? Cette question est très-controversée, et il y a des motifs sérieux de douter. La plupart des auteurs se sont prononcés pour la validité de la donation faite avec le concours de la femme, et la jurisprudence a consacré cette opinion. Nous préférons l'opinion contraire, sans toutefois accepter tous les motifs que l'on fait valoir pour soutenir la nullité de la donation.

Concourir à la donation, c'est donner, peu importe que la femme se borne à consentir à la donation en renonçant d'avance au droit qu'elle aurait d'en demander la nullité,

(1) Renusson, *De la communauté*, I, 6, 8, p. 87.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 52, n° 129.

ou qu'elle figure dans l'acte comme donatrice. La question est donc de savoir si la femme peut disposer d'un bien de la communauté à titre gratuit avec le concours du mari. Nous croyons qu'ainsi posée la question doit être décidée négativement. Rappelons-nous le mot célèbre de Dumoulin : « La femme n'est pas associée, elle espère seulement le devenir, » et elle ne le devient définitivement que si elle accepte la communauté. Elle est associée en théorie, mais, pendant la durée de la communauté, elle n'a aucun droit d'associé. Notamment elle n'est pas copropriétaire; elle ne peut disposer à titre onéreux des biens communs, elle ne peut pas même intervenir dans l'administration; la loi dit que le mari *seul* administre, que lui *seul* vend, aliène et hypothèque. A plus forte raison ne peut-elle pas disposer à titre gratuit. La femme ne peut s'opposer à ce que fait le mari, alors même que celui-ci donnerait tous les immeubles de la communauté et tout le mobilier. Son droit ne s'ouvre qu'à la dissolution de la communauté. Conçoit-on que la femme, qui pendant le mariage est étrangère à la communauté, exclue de l'administration, puisse approuver ce que le mari fait en concourant à une donation des biens communs? Si elle avait le droit d'approuver, elle devrait aussi avoir le droit de désapprouver, par conséquent de s'opposer à ce que fait le mari; ce qui ruine le régime de communauté dans son essence. Nous concluons que le consentement de la femme est inopérant.

Au premier abord il paraît très-naturel que la femme et le mari, copropriétaires, aient le droit de disposer des biens qui leur appartiennent en commun. Il est cependant facile de se convaincre que cela est légalement impossible. Pendant la durée de la communauté, la femme n'est pas copropriétaire, elle ne l'est qu'en théorie, elle ne peut faire aucun acte de propriété. Or, donner, c'est faire acte de propriétaire; la femme peut-elle donner ce qui appartient au mari? Donner, c'est transmettre la propriété actuellement, irrévocablement; est-ce que la femme peut transmettre la propriété actuellement, alors qu'elle ne deviendra propriétaire que si elle accepte la communauté? Elle ne peut pas accepter tant que la communauté dure; elle n'est

donc pas propriétaire, partant elle ne peut pas donner. Que dire de l'irrévocabilité de la donation que ferait la femme pour sa part dans la communauté? La femme concourt aujourd'hui à la donation, demain la communauté se dissout et la femme renonce : en renonçant elle perd tout droit sur la communauté, elle est censée n'avoir jamais été associée ni copropriétaire. Qu'est-ce donc que son concours à la donation? Un acte inopérant, car on ne sait si la femme a le droit de concourir. Dira-t-on que son concours est conditionnel? Ce serait une condition potestative; or, on ne peut pas donner sous condition potestative. La femme n'a-t-elle pas le pouvoir absolu de renoncer? Un droit qui dépend de son acceptation ou de sa renonciation dépend de la volonté, ce qui est contraire à l'essence de la donation (1).

22. Les objections ne manquent point, et elles sont graves. C'est d'abord la tradition. Pothier est d'accord avec Lebrun pour dire que la donation des biens communs est valable quand la femme y concourt. C'est dans l'intérêt de la femme que la donation est nulle; la loi ne veut pas que le mari, par ses libéralités, prive la femme du droit qu'elle a dans la communauté si elle accepte; or, on ne peut plus dire que la femme est dépouillée quand elle consent à la libéralité, et surtout quand elle donne conjointement avec son mari : *Nemo volens fraudatur* (2). Il y a bien des réponses à faire à cette argumentation. Elle suppose que la femme peut renoncer au droit que la loi établit en sa faveur. Nous croyons que cette renonciation serait viciée dans son essence. En effet, les entraves et les limites que la loi met au droit de disposer à titre gratuit sont une protection qu'elle accorde à la femme contre les abus de pouvoir du mari; c'est une garantie donnée à un incapable. Est-ce que les incapables peuvent renoncer à des garanties que la loi établit en leur faveur à raison de

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 166, n° 879. Odier, t. I, p. 216, n° 225. Marcadé, t. V, p. 528, n° II de l'article 1423. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 90, note 11.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 494. Lebrun, *De la communauté*, p. 182 et 183.

leur incapacité? Non, certes. La femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale, la loi lui permet seulement de renoncer au bénéfice de son inscription au profit d'un tiers; encore a-t-il fallu une disposition expresse de la loi pour que la femme eût ce droit. La loi ne donne pas à la femme le droit de renoncer à la garantie de l'article 1422, donc sa renonciation est inopérante. Elle est frappée de nullité par cela seul qu'elle tend à enlever à la femme le droit éventuel qu'elle a sur les biens donnés, alors que le but de la loi a été précisément d'assurer ce droit. Vainement Pothier dit-il : *Volens non fraudatur*. Cela est très-vrai quand celui qui consent est capable de consentir, mais cela n'est plus vrai quand c'est un incapable qui renonce à un droit que la loi lui accorde pour le protéger contre son incapacité. Si l'on admet que le consentement de la femme suffit pour valider la donation, la garantie de l'article 1422 devient dérisoire. En effet, si la femme peut consentir en parlant à l'acte, elle peut aussi consentir en acceptant la communauté, car l'acceptation vaut consentement, la femme qui accepte étant censée avoir concouru à tous les actes du mari. Voici donc quelle sera la situation de la femme. Régulièrement elle accepte, puisque, en général, elle a intérêt d'accepter ; or, si elle accepte, elle ne pourra pas demander la nullité de la donation, puisque accepter c'est consentir à la donation. Que si elle renonce, elle perd tout droit sur les biens de la communauté et, par conséquent, elle ne peut agir en nullité de la donation. Donc qu'elle accepte ou qu'elle renonce, elle ne pourra, dans aucune hypothèse, demander la nullité de la donation. C'est effacer l'article 1422 du code.

On demandera comment il faut expliquer l'opinion de Pothier. La coutume de Paris donnait au mari le droit de disposer à titre gratuit des biens communs, mais elle ajoutait une restriction au pouvoir absolu qu'elle lui reconnaissait, c'est qu'il devait agir sans fraude. Ainsi, dans l'ancien droit, les donations étaient valables; tandis que, d'après le droit moderne, elles sont nulles. La femme ne pouvait demander la nullité des donations, d'après la cou-

tume de Paris, que lorsque la donation était faite en fraude de ses droits; on conçoit donc qu'elle était non recevable quand elle avait concouru à l'acte; c'était le cas de dire : *Volens non fraudatur*. Sous l'empire du code, au contraire, la femme peut demander la nullité de la donation par cela seul qu'elle comprend des immeubles, ou une universalité de mobilier, ou des effets mobiliers avec réserve d'usufruit. La situation est tout autre. Il y a une garantie nouvelle au profit de la femme, c'est la prohibition de disposer à titre gratuit; cette garantie lui est accordée pour sauvegarder ses droits, elle n'y peut renoncer. D'après la coutume de Paris, la femme n'avait pas de garantie; le mari pouvait donner, seulement la femme avait une action pour fraude; dès lors on ne pouvait pas invoquer, en faveur de la femme, le principe qui défend à un incapable de renoncer à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité.

23. Toutefois on nous oppose la coutume de Paris combinée avec les articles 1421 et 1422. L'objection serait décisive, puisqu'elle aurait pour fondement le texte de la loi. La voici dans toute sa force. La coutume de Paris, après avoir dit que le mari est seigneur et maître de la communauté, en tirait cette conséquence : « Le mari peut vendre les biens de la communauté, les aliéner ou hypothéquer et en faire et disposer par donation à son plaisir et volonté, *sans le consentement de sa femme*. » Les articles 1421 et 1422 reproduisent ce principe, mais en le restreignant. Aux termes de l'article 1421, « le mari administre *seul* les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner, hypothéquer *sans le concours de la femme*. » Jusqu'ici le code reproduit la coutume de Paris. L'article 1422 y apporte une modification : « Le mari ne peut pas disposer des immeubles à titre gratuit. » Il est *évident*, dit-on, que cette disposition se réfère au principe posé dans l'article 1421, qu'elle n'est rien autre chose qu'une *modification* apportée au pouvoir qu'a le mari, en vertu de l'article 1421, d'aliéner seul et sans le concours de la femme. On en conclut que l'article 1422 n'a d'autre but que de retirer au mari le droit de faire *seul et sans le*

concours de la femme donation des immeubles, de l'universalité du mobilier, ou des effets mobiliers avec réserve d'usufruit. Donc avec le concours de la femme, le mari peut faire ces libéralités (1).

Nous croyons que l'on fait dire aux articles 1421 et 1422 autre chose que ce qu'ils disent. La coutume de Paris posait en principe que le mari est maître et seigneur de la communauté; c'est en ce sens qu'elle dit que le mari peut disposer des biens de la communauté *sans le consentement de sa femme*. Est-ce que le code civil maintient ce principe? Oui, pour les actes à titre onéreux; voilà pourquoi l'article 1421 dit que le mari administre *seul* et qu'il peut aliéner *sans le concours de la femme*. Non, pour les actes à titre gratuit; le code pose, au contraire, en principe que le mari ne peut pas donner les biens de la communauté. Ce nouveau principe n'a rien de commun avec la coutume de Paris, puisqu'il déroge à la coutume; on ne peut donc pas invoquer la coutume, ni l'article 1421 qui la reproduit, pour interpréter l'article 1422, qui dit tout le contraire de ce que disait la coutume de Paris. De ce que le code dit que le mari peut disposer à titre onéreux sans le concours de la femme, on ne peut pas conclure qu'en lui défendant de disposer à titre gratuit, il entende dire que le mari peut disposer avec le concours de la femme; car, quand le code dit que le mari peut vendre sans le concours de la femme, cela signifie uniquement que le mari est seigneur et maître en ce qui concerne les actes à titre onéreux; et de ce qu'il est maître et seigneur pour vendre, on ne peut pas conclure qu'il lui est permis de disposer à titre gratuit avec le concours de la femme; la conséquence n'a rien de commun avec le principe d'où l'on prétend la déduire. Tout ce que la loi dit peut se résumer en ces deux propositions : le mari est seigneur et maître en ce qui concerne les actes à titre onéreux, il ne l'est pas pour les actes à titre gratuit. Quant à la question de savoir si le mari peut disposer à titre gratuit

(1) Mourlon, t. II, p. 53, note (édition de Demangeat). Aubry et Rau, t. V, p. 328, note 14, § 509. Colmet de Santerre, t. VI, p. 150, n° 66 *bis* XIII.

avec le concours de la femme, le code ne la décide pas, par l'excellente raison qu'il ne la prévoit pas.

24. Aux motifs sérieux que nous venons de combattre on en ajoute d'autres qui ne sont guère faits pour donner crédit à l'opinion qui l'a emporté (1). Nous avons dit que la femme ne peut donner ni directement ni indirectement, parce qu'elle n'est pas propriétaire. Que répond Troplong? La femme peut s'obliger, et elle oblige la communauté quand elle agit avec autorisation maritale; or, obliger la communauté, c'est indirectement disposer de la communauté. Il y a dans cette réponse une confusion complète des principes les plus différents, puisqu'ils sont contraires. Nous discutons la question de savoir si la femme peut *disposer à titre gratuit* des biens de la communauté, et on nous répond : Oui, parce qu'elle en peut disposer *à titre onéreux* avec le consentement du mari; or, la loi déclare que le mari et la femme autorisée du mari peuvent obliger la communauté, tandis qu'elle dit que le mari ne peut pas disposer à titre gratuit; et, quant à la femme, la loi ne la mentionne même pas. Argumenter de ce que la femme a le droit de faire, pour en induire qu'elle peut valider par son consentement ce que la loi défend au mari de faire, voilà certes un étrange raisonnement!

Troplong ajoute que déclarer que le mari ne peut pas donner les biens de la communauté avec le concours de la femme, c'est frapper ces biens d'une indisponibilité partielle. Cet argument est tout aussi étrange que celui auquel nous venons de répondre. Deux personnes s'associent et mettent certains biens en commun; leur but est de subvenir aux besoins de l'association conjugale et d'accroître leur fortune pour établir d'autant mieux leurs enfants. Telle est, en droit et en fait, la communauté : qu'est-ce qu'il y a de commun entre cette société de biens et le droit d'en disposer à titre gratuit? Est-ce que les époux s'associent pour faire des libéralités? Et de ce qu'ils ne peuvent pas faire de libéralités, en induira-t-on que leurs biens sont frappés d'indisponibilité? Ils s'associent

(1) Troplong, t. I, p. 282, n°s 905 et 906.

pour *gagner*; et on en conclut qu'ils sont aussi associés pour *perdre!* Laissons là ces mauvaises raisons, et écoutons ce que dit la cour de cassation.

25. C'est l'arrêt de 1850 qui a fixé la jurisprudence. La cour de cassation décide que la donation d'immeubles de la communauté, faite par le mari avec le concours de la femme, est valable. Elle décide que la femme peut, avec l'autorisation de son mari, disposer à titre gratuit des biens communs. Nous croyons que cet arrêt est un de ceux qui, au lieu d'interpréter la loi, la font; c'est un nouveau code civil, il est possible qu'il soit meilleur que le code Napoléon; peu importe, la cour de cassation fait ce qu'elle n'a point le droit de faire : gardienne de la loi, elle doit la maintenir, bonne ou mauvaise.

La cour commence par dire qu'il résulte de la combinaison des articles 1421 et 1422 que la prohibition de disposer à titre gratuit ne s'applique pas au cas où le mari donne avec le concours de la femme. Nous avons répondu d'avance à cette argumentation. La cour ajoute que la femme peut abdiquer le bénéfice de la prohibition que la loi n'établit qu'en sa faveur; ici la cour ne motive pas, elle affirme; à notre avis, la femme ne peut pas renoncer à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité, et nous croyons avoir prouvé cette proposition.

Vient ensuite la nouvelle théorie de la communauté que la cour de cassation met à la place de la théorie légale et traditionnelle. La communauté est une société, mais c'est une société tout à fait exceptionnelle; le mari est seigneur et maître des biens communs à titre onéreux; le seul droit que la loi accorde à la femme contre son pouvoir absolu, c'est qu'elle défend au mari de disposer des biens de la communauté à titre gratuit; du reste, la femme n'a aucun droit d'associé, aucun droit de copropriétaire. Voilà la théorie traditionnelle. Dumoulin l'a résumée dans ces deux propositions : la femme n'est pas associée, elle espère le devenir, et elle ne le devient que par son acceptation; le mari est le maître tant qu'il vit, il ne devient associé qu'à sa mort. Donc, pendant la durée de la communauté, le pouvoir du mari sur les biens communs absorbe les droits

de la femme. Voyons ce que cette doctrine devient d'après l'arrêt de la cour suprême.

La cour commence par dire tout le contraire de ce que disaient Dumoulin et Pothier. D'après l'article 1389, la communauté commence du jour du mariage; la cour en conclut que dès ce jour naissent les droits des époux sur cette communauté. Sans doute, en théorie; mais, en réalité, quels sont les droits du mari et quels sont ceux de la femme? La tradition et le code répondent : Le mari a tous les droits, à ce point qu'il est seigneur et maître, et la femme n'a aucun droit. La cour dit que si les droits sont inégaux, il n'en est pas moins vrai que le *mari et la femme représentent* seuls la communauté. Est-ce là ce que dit l'article 1421? Le *mari seul* administre, et le *mari* dispose des biens communs *sans le consentement de la femme*. Donc c'est *le mari seul* qui *représente* la communauté, pour parler le langage de la cour, langage qui n'est pas celui de la loi. La communauté, dit l'arrêt, *se résume en eux seuls*. Encore une expression que la loi ignore et qui implique une idée nouvelle; il faut dire, au contraire, avec la tradition et le code, que la communauté *se résume dans le mari seul;* la femme ne figure dans l'article 1421 que pour être exclue de toute gestion des intérêts communs. Le principe d'où part la cour de cassation étant le contre-pied du système de la loi, elle doit aboutir à un système tout différent de celui du code. Rien ne fait obstacle, dit la cour, à ce que, d'un *commun accord,* ils usent *de la manière la plus absolue* des biens qui sont leur *propriété collective*. La tradition dit : Le mari seul est seigneur et maître; en ce sens, la femme n'est pas associée. Que vient-on donc parler d'*intérêts communs* et de *propriété collective* et du pouvoir *absolu* des *deux* époux d'en disposer! Il n'y a pas un mot dans le code qui ne soit en opposition avec cette nouvelle doctrine. Là où il y a communauté, il y a sans doute des intérêts communs; mais qui les gère? Cela se fait-il *de commun accord,* c'est-à-dire par concours de volontés? Le code répond que le mari *seul* administre et dispose à titre onéreux. Donc aucun concours de la femme pendant toute la durée de la com-

munauté. La cour ne peut pas nier les textes, mais elle en tire une étrange conclusion, à savoir que le mari, en vertu même de son droit souverain, peut autoriser sa femme, dans la mesure de ses *besoins*, à disposer, sauf récompense, des biens communs. La cour parle de *besoins* de la femme, donc il s'agit d'actes à titre onéreux. Le mari peut, aux termes de l'article 1419, autoriser sa femme à s'obliger et, dans ce cas, la femme oblige la communauté; si la femme a tiré un profit personnel des biens communs, elle en doit récompense (art. 1437). Cela veut-il dire, comme le dit la cour, que le mari peut autoriser la femme à disposer des biens communs dans la mesure de ses besoins? L'article 1419 fait tomber dans la communauté les dettes que la femme contracte avec autorisation maritale, parce que la loi suppose que ces dettes concernent la communauté ou le mari, ce qui revient au même. Si la loi supposait, comme le fait la cour, que les obligations de la femme sont contractées pour ses besoins, loin de les mettre à la charge de la communauté, elle les laisserait à charge de la femme; c'est ce qui arrive quand le mari refuse son autorisation et que la femme se fait autoriser de justice; alors elle agit dans l'intérêt de ses besoins, mais aussi elle n'oblige que ses propres. Quant aux récompenses dont parle la cour suprême, elles n'ont rien de commun avec notre débat. Le plus souvent la femme les doit sans avoir contracté personnellement, par suite des actes du mari que celui-ci fait comme administrateur des biens de la femme. Il faut les laisser de côté et revenir à notre question.

Jusqu'ici la cour ne dit rien des donations que la femme peut faire dans son système des biens communs. Il n'est toujours question que des actes à titre onéreux. La femme, continue la cour, peut contracter, « et *on ne peut admettre* qu'il lui soit interdit de demander, avec le consentement du mari, *au fonds commun*, formé en partie de ses apports et du produit de sa collaboration, des *ressources* qu'il lui est toujours permis de prendre sur ses *biens propres*. » On ne peut admettre! Il s'agit de savoir ce que la loi admet. Et où est-il dit que la femme puisse *demander* au

fonds commun les *ressources* qu'elle a le droit de *prendre* sur ses *biens propres?* Le langage est obscur et la forme n'est guère française. Que signifient ces expressions : *prendre des ressources sur ses biens propres?* et *demander des ressources au fonds commun?* L'on en pourrait induire que la femme peut disposer du patrimoine de la communauté comme de son patrimoine propre, parce que le patrimoine commun est formé en partie de ses apports et de sa collaboration. L'assimilation que la cour fait entre le *fonds commun* et les *biens propres* de la femme est encore une fois le contre-pied de la loi ; car la loi dit que la femme peut disposer de ses propres et que le mari *seul* dispose des biens communs. La cour continue, en faisant de la théorie : « On ne peut admettre que la loi qui abandonne à la femme la disposition absolue de sa fortune personnelle se soit montrée soucieuse de la conservation des biens de la communauté, au point de les frapper, à l'égard de la femme, d'une sorte d'inaliénabilité. » Si la femme peut disposer de ses biens avec autorisation, la raison en est simple, c'est qu'elle est propriétaire ; et un des grands avantages du régime de communauté, c'est que la femme peut disposer de ses biens propres dans l'intérêt de la société qui existe entre elle et son mari. Mais de ce qu'elle peut disposer de ses propres, conclura-t-on qu'elle doit avoir le droit de disposer des biens communs qui pendant la communauté sont le patrimoine du mari? Quant à la prétendue inaliénabilité des biens de la communauté, nous avons déjà dit qu'elle est imaginaire ; l'article 1421 dit que le mari les peut vendre, aliéner et hypothéquer. La loi lui défend de les donner, parce que les sociétés ne se contractent pas pour donner, c'est-à-dire pour perdre ; on s'associe pour gagner. La cour n'ose pas affirmer que les biens de la communauté sont frappés d'inaliénabilité à l'égard de la femme ; elle parle d'une *sorte d'inaliénabilité*. Si l'on demandait à la cour ce que c'est qu'une *sorte d'inaliénabilité?* A l'égard de la femme, il y a bien plus qu'une *sorte d'inaliénabilité;* il faut dire carrément qu'il y a inaliénabilité absolue, en ce sens que la femme ne peut pas aliéner les biens communs,

et cela par l'excellente raison qu'elle n'en est pas propriétaire.

Nous arrivons enfin aux donations dont l'arrêt ne dit qu'un mot, bien qu'elles soient seules l'objet du débat. La femme peut, dit la cour, engager par ses actes la communauté, du consentement de son mari. Oui, c'est la loi qui le dit. « La femme peut aussi puiser dans le fonds commun, même dans une pensée de libéralité, et sous la seule condition de payer à la communauté une récompense égale au profit personnel qu'elle en a retiré. » Nous disons : Non, car la loi interdit au mari de donner les biens de la communauté, et elle ne permet pas à la femme de donner ce qui ne lui appartient pas, fût-ce avec le consentement de celui qui en est le propriétaire pendant le mariage. Si la loi permet aux époux d'user des biens communs dans leur intérêt propre, sauf récompense, c'est pour leurs besoins, pour leur utilité, et non pour faire des libéralités; on n'a qu'à lire l'article 1437 pour s'en convaincre (1).

La cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence. Un arrêt récent ajoute une considération sur le point capital de la difficulté : La femme peut-elle donner ce qui ne lui appartient point? De deux choses l'une, dit la cour : ou l'on considère la femme comme copropriétaire des acquêts pendant la durée de la communauté, ou on ne lui reconnaît qu'une simple espérance de le devenir par son acceptation, après la dissolution de la communauté. Est-elle propriétaire, rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse aliéner un droit qui lui serait d'ores et déjà acquis : c'est le système de l'arrêt de 1850. A-t-elle seulement l'espérance de devenir propriétaire, c'est le système traditionnel, aucun principe de droit ne s'oppose à ce qu'elle renonce à une espérance qui ne se rattache à aucune règle d'ordre public (2). C'est dire, en d'autres termes, que la prohibition de donner n'étant établie que dans l'intérêt de la femme, elle y peut renoncer, parce que la prohibition

(1) Rejet, 5 février 1850 (Dalloz, 1850, 1, 97).
(2) Rejet, 31 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209).

n'est pas d'ordre public. C'est ce que nous contestons. Si la loi défend au mari de donner, c'est pour garantir les intérêts de la femme contre le pouvoir absolu du mari. Ce pouvoir, qui découle de la puissance maritale, n'est-il pas d'ordre public? et la femme n'est-elle pas placée dans un état de dépendance par suite de la puissance maritale? Cela est si vrai que les époux ne peuvent pas, par leurs conventions matrimoniales, déroger aux droits du mari comme chef (art. 1388). Le pouvoir du mari et la dépendance de la femme tiennent donc à l'ordre public; ce qui décide la question.

Un arrêt plus récent a appliqué la doctrine que nous appelons nouvelle à la donation que le mari fait d'une créance avec réserve d'usufruit à son profit. La loi défend cette réserve (art. 1422); mais comme c'est uniquement dans l'intérêt de la femme, la jurisprudence admet que la femme peut renoncer à un droit introduit en sa faveur (1). La décision est logique, une fois que l'on admet le principe. Nous nions le principe, partant nous devons rejeter la conséquence. Il faut ajouter que les cours d'appel se sont ralliées à la doctrine de la cour suprême (2). Telle est aussi la jurisprudence de la cour de Bruxelles (3). Les arrêts favorables à notre opinion sont antérieurs à la jurisprudence de la cour de cassation (4).

2. Nous revenons à l'article 1422, en supposant une donation faite par le mari sans le concours de la femme. La donation est nulle, en ce sens qu'elle ne peut être opposée à la femme. On demande quand celle-ci peut se prévaloir de la nullité. Peut-elle agir pendant la durée de la communauté? Dans notre opinion, la négative est évidente. La femme n'a aucun droit tant que la communauté dure, elle n'est pas encore associée, en ce sens que la toute-puissance du mari absorbe les droits de la femme; celle-ci, quoique associée en théorie, ne l'est, en réalité,

(1) Cassation, 23 juin 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).
(2) Voyez les citations dans Rodière et Pont, t. II, p. 168, note 2, et dans Aubry et Rau, t. V, p. 328, note 14, § 509.
(3) Bruxelles, 9 avril 1852 et 9 mars 1853 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 273 et 1853, 2, 186).
(4) Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1176.

que lorsqu'elle accepte la communauté ; si elle renonce, elle est considérée comme n'ayant jamais été femme commune. De là la conséquence que la femme ne peut invoquer la nullité des donations faites par son mari en dehors des limites de l'article 1422 que si elle accepte ; c'est seulement alors qu'elle a intérêt d'agir, parce que le patrimoine commun, dont elle prend la moitié, est diminué par les libéralités illégales du mari.

Tout le monde est d'accord sur ce point (1). Cependant, dans l'opinion générale, il y a un motif de douter. On permet à la femme de valider la donation par son consentement ; logiquement on devrait lui permettre de l'attaquer quand elle n'a pas consenti. Qui peut approuver doit avoir le droit de désapprouver. Il a été jugé que la femme peut demander la nullité de la donation à laquelle elle a concouru quand l'acte est vicié par une cause quelconque (2) ; c'est le droit commun. Si elle peut agir pendant le mariage pour attaquer une donation où elle est partie, quoique l'on ne sache point si elle acceptera ou si elle renoncera, il n'y a plus de raison de lui refuser le droit d'agir quand elle n'a pas été partie à l'acte. C'est une difficulté dans l'opinion générale ; nous la constatons parce que c'est un argument contre cette opinion.

27. Les droits de la femme associée ne s'ouvrent qu'à la dissolution de la communauté. Elle peut accepter ou renoncer. Si elle renonce, elle perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté (art. 1492) ; donc elle ne peut plus se plaindre que la communauté soit diminuée par les libéralités du mari. Etrangère à la communauté, la femme ne peut plus agir comme femme commune. Pour mieux dire, la renonciation de la femme a cet effet que la communauté est censée n'avoir jamais existé ; tous les biens qui la composent restent la propriété du mari, par suite les donations qu'il a faites des biens communs sont pleinement valables, comme les seraient les donations de ses biens personnels (3). Il en serait ainsi quand même les

(1) Duranton, t. XIV, p. 379, n° 275, et tous les auteurs.
(2) Caen, 18 février 1850 (Dalloz, 1850, 2, 162).
(3) Rodière et Pont, t. II, p. 177, n° 889.

biens proviendraient de la femme, soit à titre d'apports, soit de la collaboration de la femme. Tant il est vrai de dire que la femme n'est pas associée pendant la durée de la communauté. Elle ne le devient que si elle accepte.

28. Si la femme accepte, elle a intérêt d'agir, et on lui en reconnaît le droit, dans toutes les opinions. Cela ne fait aucun doute quand on admet, comme nous l'avons enseigné, que le consentement de la femme ne valide pas la donation : son acceptation ne peut pas plus la valider que son concours à l'acte. Dans l'opinion générale, au contraire, il y a une difficulté très-sérieuse. En acceptant, la femme s'approprie tous les actes faits par le mari, donc elle est censée avoir concouru à la donation; et y ayant consenti, comment pourra-t-elle l'attaquer? C'est, à notre avis, un argument décisif contre l'opinion générale. Les auteurs n'y répondent pas, parce qu'ils ne prévoient pas la difficulté.

Quel est l'objet de l'action que la femme a le droit d'intenter? C'est, en réalité, une action en nullité : la cour de cassation la qualifie d'action révocatoire (1); nous n'aimons pas ce terme, parce qu'on s'en sert pour désigner l'action paulienne, et l'action paulienne diffère grandement de l'action qui appartient à la femme. La première est basée sur la fraude, le demandeur doit prouver que l'acte a été fait en fraude de ses droits; tandis que la femme qui demande la nullité d'une donation faite par le mari n'a rien à prouver, sinon que le mari a donné ce qu'il n'avait pas le droit de donner.

Le but de l'action est de faire remettre dans la masse les biens qui en étaient sortis; en ce sens, on dit que l'action de la femme est une action en rapport. Comment le rapport se fait-il? En nature, cela va sans dire, puisque le rapport est la suite de l'annulation de la donation : le bien donné est considéré, quant à la femme, comme n'étant jamais sorti de la communauté. Si la donation n'était pas encore exécutée lors de la dissolution de la communauté, on la comprend dans la masse partageable; il est inutile,

(1) Cassation, 14 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 373).

dans ce cas, d'agir par voie d'action en nullité. Si le donataire réclamait la chose, la femme repousserait l'action par l'exception de nullité. Si la donation a été exécutée, ce qui sera le cas le plus ordinaire, la femme devra demander la nullité de l'acte; la libéralité sera annulée dans l'intérêt de la femme, et la chose rentrera dans la masse partageable.

Que la chose donnée se trouve encore dans la masse, ou qu'elle y rentre, le résultat est le même : la chose est comprise dans le partage, et naturellement pour le tout. Pour justifier cette décision, on a invoqué l'intérêt de la femme; l'intérêt ne suffit point pour agir, il faut avant tout en avoir le droit. Or, le droit de la femme est incontestable, puisqu'il se fonde sur la violation de la loi; le rapport est une conséquence de la nullité, et l'acte est nul pour le tout, puisque le mari a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire; il ne peut pas plus donner la moitié que le tout (1). Reste à savoir ce que devient la donation.

29. Si la chose donnée est mise au lot du mari, la donation reste valable, et naturellement pour le tout. En effet, le mari a donné le tout et, dans l'espèce, il avait le droit de donner, puisque, par l'effet rétroactif du partage, il est censé avoir toujours été propriétaire de la chose; donc la donation est valable.

Si la chose est mise au lot de la femme, la donation tombe, puisque la femme est censée en avoir toujours été propriétaire, et le mari est censé n'en avoir jamais eu la propriété. Donc la donation est nulle, même à l'égard du mari. Ce point est néanmoins controversé. Il y a des auteurs qui appliquent par analogie l'article 1423; quand le mari lègue une chose qui tombe au lot de la femme, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier. Que la chose soit donnée ou léguée, peu importe, dit-on, le motif de décider est le même; le mari a, dans l'une et l'autre

(1) Mourlon, t. III, p. 52, n° 130. Rodière et Pont, t. II, p. 177, n° 889. Colmet de Santerre, t. VI, p. 146, n[os] 66 *bis* VII et VIII.

hypothèse, disposé d'une chose qui ne lui appartient pas ; si la loi maintient la libéralité en cas de testament, elle doit aussi la maintenir en cas de donation (1). En théorie, cela est très-vrai, il n'y a aucune raison de distinguer entre la donation et le legs; mais, au point de vue des textes et des principes, il reste un doute. La donation de la chose d'autrui est nulle, de même que le legs ou la vente de la chose d'autrui (art. 1599); c'est par exception au droit commun que la loi donne effet au legs que le mari fait d'une chose dont il est censé n'avoir jamais eu la propriété. Peut-on étendre une exception par voie d'analogie? Ce serait créer des exceptions, et le législateur seul a ce droit, puisque créer une exception, c'est faire la loi. On a encore opposé une autre objection à l'opinion générale. La donation est annulée, ou elle ne peut plus recevoir son exécution. Si le donataire n'a pas d'action en vertu de l'article 1423, en vertu de quel droit agira-t-il contre les héritiers du donateur? Ce serait une action en garantie; or, le donateur n'est pas tenu de garantir le donataire contre l'éviction. Si le donataire ne peut agir ni en vertu de l'article 1423, ni en vertu de la garantie, il n'a aucune action et, par suite, la donation tombe (2).

On dit, en faveur du donataire, que la nullité de la donation est relative ; la femme seule peut s'en prévaloir, le mari n'a pas ce droit. La donation étant valable à l'égard du mari, il doit l'exécuter, au besoin sur ses propres biens (3). Nous croyons que c'est faire une fausse application du principe que l'on invoque. Ce n'est pas le mari qui a demandé la nullité, c'est la femme ; par suite de l'annulation, la chose est rentrée dans la masse partageable et, étant tombée au lot de la femme, il en résulte que le mari a donné la chose d'autrui; c'est donc par suite de la rétroactivité du partage que la donation tombe. Il n'y aurait qu'un moyen de la maintenir, ce serait de dire que le principe du partage déclaratif ne reçoit pas d'application à

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 330 et note 16, § 509, et les autorités qu'ils citent.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n° 66 *bis* IX.
(3) Marcadé, t. V, p. 532, n° V de l'article 1423.

l'espèce. L'article 883 consacre, en effet, une fiction; cette fiction est étrangère à l'espèce; elle n'est pas établie dans l'intérêt du donateur, elle est établie en faveur des tiers, auxquels pendant l'indivision l'un des copropriétaires par indivis a concédé des droits réels sur la chose. Il nous semble qu'en formulant l'objection, nous y avons répondu. Les deux époux sont copropriétaires, puisque nous supposons que la femme a accepté. Pendant l'indivision, l'un des copropriétaires, le mari, donne un bien commun, un conquêt; puis, par l'effet du partage, l'immeuble tombe au lot de la femme. N'est-ce pas précisément le cas de l'article 883? Qu'importe que l'un des copropriétaires donne, vende ou hypothèque? Le principe est identique, et s'applique à toute concession de droits réels, par conséquent à l'aliénation à titre gratuit, la propriété étant aussi un droit réel, le plus considérable, celui qui les comprend tous. En définitive, la donation tombe, et le donataire n'a aucune action contre le donateur ou ses héritiers, à moins qu'il ne puisse se prévaloir de l'article 1423; ce qui est très-douteux (1).

30. Le mari pourrait-il demander la nullité de la donation illégale qu'il a faite? Il va sans dire qu'il ne peut agir en qualité de mari; car la nullité n'est pas absolue, elle est relative, la femme seule peut s'en prévaloir. Mais on prétend qu'il peut agir comme chef de la communauté; on le compare à un tuteur qui pourrait, au nom de son pupille, attaquer les actes par lui faits irrégulièrement (2). Cela nous paraît inadmissible. Le mari n'est pas le tuteur de la femme, il ne la représente pas dans tous les actes civils; il administre ses biens pendant la durée de la communauté. Or, nous venons de dire que la femme ne peut pas agir pendant le mariage; son droit ne s'ouvre qu'à la dissolution de la communauté, et elle n'a le droit d'agir que si elle accepte. A ce moment, le mari n'a plus aucun droit; quant à la communauté, au nom de laquelle on

(1) Il y a encore une autre opinion sur cette difficile question, celle de Troplong, t. I, p. 279, n° 89; elle a été réfutée par Rodière et Pont, t. II, p. 178, n° 889, et par Aubry et Rau, t. V, p. 330, note 16, § 509.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n° 66 *bis* X.

donne action au mari, elle est hors de cause; en effet, la communauté n'est autre chose que le mari et la femme associés; or, la femme seule peut agir en nullité, le mari, comme tel, n'a pas le droit d'agir. Cela est décisif.

31. La donation est nulle quand elle comprend un immeuble de la communauté; elle est nulle quand le mari a donné l'universalité ou une quotité du mobilier; enfin, elle est nulle quand le mari a disposé d'effets mobiliers à titre particulier, en s'en réservant l'usufruit. Bien qu'il y ait nullité dans tous ces cas, les effets diffèrent selon que la donation est immobilière ou mobilière. Quand la donation a pour objet un conquêt, l'action de la femme est immobilière, et elle peut l'exercer contre les tiers; tandis que si la donation est mobilière, la femme n'a pas d'action contre les tiers, non pas à cause du principe de l'article 2279,—la maxime qu'*En fait de meubles, la possession vaut titre* est hors de cause,— mais parce que les objets mobiliers ne se trouvent pas entre les mains du donataire, ni d'un tiers. S'il s'agit d'une universalité de mobilier, la donation porte sur des biens à venir; par conséquent, elle ne produit d'effet qu'à la mort du donateur, c'est-à-dire au moment où la femme peut opposer la nullité au donataire qui demanderait l'exécution de l'institution contractuelle; et si la donation d'effets mobiliers a été faite avec réserve d'usufruit, le donateur se trouvera également en possession des choses données (1). C'est une garantie pour la femme, car si elle devait agir en revendication contre les tiers, on pourrait lui opposer la maxime de l'article 2279.

Le principe que l'action de la femme est immobilière quand la donation a pour objet un conquêt, a une conséquence importante dans le cas où il y a un légataire du mobilier. Il va sans dire que ce légataire n'a point l'action immobilière qui appartenait à la femme. La cour de cassation a jugé qu'il n'avait pas droit non plus aux valeurs mobilières qui auraient été remises à la femme en payement de l'immeuble donné; en effet, le payement ne

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, nº 66 *bis* IX.

change pas la nature du droit : le droit étant immobilier, le légataire du mobilier n'en peut pas profiter (1).

32. La donation est-elle nulle quand le mari donne un immeuble à un enfant d'un premier lit? D'après l'article 1422, la nullité n'est pas douteuse; la loi dit en termes formels que le mari ne peut disposer des immeubles de la communauté si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Mais l'article 1469 semble dire le contraire. Aux termes de cette disposition, l'époux rapporte les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des *biens* que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit. Si l'époux rapporte ces *biens*, il en résulte que la donation est valable, et la loi ne distingue pas entre les biens immobiliers et les biens mobiliers. La cour d'Amiens en a conclu que l'article 1469 dérogeait à l'article 1422. L'arrêt a été cassé. Il est difficile d'admettre que, dans un seul et même code, un article déroge à l'autre; au moins faut-il chercher à les concilier avant d'admettre qu'il y a dérogation. Or, la conciliation est possible dans l'espèce. C'est l'article 1422 qui détermine ce que le mari peut ou ne peut pas donner; l'article 1469 a uniquement pour objet de régler le rapport de ce qui a été légalement donné; donc il faut décider la question par l'article 1422 et, par conséquent, admettre, avec la cour de cassation, que le mot *biens* dans l'article 1469 désigne, non les immeubles qu'il n'est pas permis au mari de donner, mais les biens mobiliers autres que les sommes dont la loi vient de parler, tels que les valeurs mobilières, si nombreuses et si importantes dans notre état social (2).

II. *Des legs.*

33. L'article 1423 porte que « la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté. » C'est l'application de la maxime coutumière que le mari vit comme maître et qu'il meurt comme associé. Le legs n'a d'effet qu'à la mort du testateur ; à ce mo-

(1) Rejet, 16 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).
(2) Cassation, 14 août 1855 (Dalloz, 1855, 1, 372).

ment le mari n'est plus qu'un associé, il ne peut donc disposer que de sa part dans le fonds social. La plupart des coutumes s'en expliquaient en termes formels (1). Si le mari disposait de plus que de sa part, de toute la communauté, ou d'une quotité plus grande que la moitié, la disposition ne serait pas nulle; elle serait valable si la femme renonçait, et réductible si la femme acceptait (2).

La loi ne parle pas de la femme; pendant la durée de la communauté, la femme n'a aucun droit, mais à la dissolution de la communauté elle devient associée; elle peut, par conséquent, disposer de sa part. A la différence du mari, elle ne peut jamais disposer de plus; car le mari, ne pouvant pas renoncer, est nécessairement acceptant et prend toujours la moitié, et toute la communauté, en cas de renonciation de la femme.

34. Le mari peut-il disposer par testament d'un objet particulier de la communauté? D'après l'article 1423, le legs est valable, car il produit toujours son effet. Si la chose léguée tombe au lot des héritiers du mari, par l'événement du partage, le légataire peut le réclamer en nature. C'est une conséquence des principes qui régissent l'indivision et le partage : le mari est copropriétaire par indivis des biens de la communauté, il peut disposer à ce titre d'un bien commun, mais la validité de la disposition dépend des résultats du partage. Si la chose léguée tombe au lot de ses héritiers, le legs est parfaitement valable, puisque le mari aura disposé d'une chose dont il est censé avoir toujours été propriétaire. Par contre, si l'effet tombe au lot de la femme, c'est elle qui sera censée en avoir toujours eu la propriété : que devient alors le legs? L'article 1423 répond : « Le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier. » Cette disposition est très-difficile à expliquer. Une chose est certaine, c'est qu'elle déroge à l'article 1021, aux termes duquel le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 475.
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 180, n° 891.

lui appartenait pas. Or, le mari lègue la chose d'autrui lorsque l'effet tombe au lot de la femme; il n'en a jamais été propriétaire, tandis que la femme l'a toujours été; il lègue donc une chose qui appartient à sa femme. Le legs devrait être nul, d'après l'article 1021. Pourquoi la loi lui donne-t-elle effet? Les auteurs du code ne nous en ont pas dit la raison : de là incertitude et controverse. Les uns disent que l'article 1423 reproduit l'ancien droit qui validait le legs de la chose d'autrui quand le testateur savait qu'il n'en était pas propriétaire; or, le mari sait qu'il lègue un bien de la communauté, il sait que la chose léguée peut tomber au lot de la femme et que, dans ce cas, il dispose d'une chose qui ne lui appartient point; si néanmoins il la donne, quelle peut être son intention? C'est que le légataire ait droit à la valeur (1). Cette explication suppose que le législateur, en écrivant l'article 1423, avait oublié l'article 1021, ce que l'on ne peut guère admettre; il faut donc dire que l'article 1423 contient une exception au principe de l'article 1021. Quant au motif de cette exception, on peut le deviner. Le mari est seigneur et maître de la communauté; en léguant un objet de cette communauté, il semble disposer de sa chose; on doit lui supposer l'intention d'avoir fait une libéralité qui produise toujours son effet, quel que soit le résultat du partage. Or, il pourrait certainement dire qu'au cas où la chose tombe au lot de sa femme, il entend que le légataire ait droit à la valeur; l'article 1424 interprète la volonté du mari en ce sens. C'est toujours une dérogation à l'article 1021, mais elle se fonde sur l'intention probable du disposant, et c'est cette intention, après tout, qui est décisive en matière de legs (2).

Nous disons que l'on peut deviner le motif de l'article 1423, mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie. On s'est prévalu de l'article 1423 pour en induire que le legs de la chose d'autrui est toujours valable quand le testateur a dû nécessairement savoir que la chose était

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 2, 161, note.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 153, n° 67 *bis* IV.

à autrui (1). Cette doctrine nous paraît contraire au texte et à l'esprit de l'article 1021 : le texte repousse la distinction que l'on y veut introduire, et l'esprit de la loi s'oppose à ce que l'on ressuscite une recherche d'intention que le législateur a voulu proscrire. Il y a un motif déterminant pour rejeter cette interprétation; c'est qu'elle repose sur une base on ne peut pas plus fragile, le sens de l'article 1423 que l'on fixe par voie divinatoire. On peut bien dire que le sens d'une loi paraît être celui que l'on suppose avoir été dans l'intention du législateur, mais ce sera toujours une interprétation incertaine; il faut donc se garder d'en tirer des conséquences.

35. La discussion à laquelle nous venons de nous livrer n'est pas oiseuse. S'il est vrai que l'article 1423 est une dérogation au principe de l'article 1021, il en faut conclure que c'est une disposition exceptionnelle, et partant de rigoureuse interprétation. De là suit que l'on ne peut pas l'étendre à la femme : la loi ne parle pas de la femme, elle reste donc sous l'empire du droit commun. Quand elle lègue un effet de la communauté, le legs sera valable si la chose léguée tombe dans le lot de ses héritiers, et il sera nul si la chose est mise au lot du mari (2).

36. Il ne faut pas confondre cette question avec celle de savoir si le legs d'un effet de la communauté fait par le mari à la femme est régi par l'article 1423. L'affirmative a été jugée et elle est certaine. Il ne s'agit pas, dans ce cas, du droit de la femme, il s'agit du droit du mari; or, la loi donne à celui-ci le pouvoir de disposer des effets de la communauté, sans distinguer au profit de qui il dispose; il en peut donc disposer au profit de la femme. Dans une espèce jugée par la cour de Bastia, la femme était légataire de l'usufruit d'un conquêt; cet immeuble tombant dans son lot, elle avait droit à une récompense pour la valeur de l'usufruit jusqu'à concurrence de la portion appartenant au testateur (3).

(1) Mourlon, t. III, p. 56, note. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 152, n° 67 *bis* IV.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 330, note 17, § 509. Colmet de Santerre, t. VI. p. 153, n° 67 *bis* V. En sens contraire, Duranton, t. IX, n° 250.

(3) Bastia, 26 février 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1189).

Toutefois le mari, en testant soit au profit de sa femme, soit au profit d'un tiers, peut déclarer que sa volonté est de ne disposer que de sa part dans les objets légués. Quel sera, dans ce cas, le droit de la femme? Il a été jugé que la femme devait prélever le legs avant tout partage; de cette manière elle prend dans les objets légués la part que le mari y avait; tandis que si le mari lui léguait la totalité de l'effet, comme l'article 1423 le suppose, la femme légataire pourrait d'abord demander le partage, puis réclamer contre les héritiers du mari, soit les objets légués s'ils y sont tombés en nature, soit leur valeur totale s'ils ont été mis dans son lot (1).

37. L'article 1423 suppose que le mari lègue un effet de la communauté pendant la durée de la société conjugale. Une fois la communauté dissoute, on rentre sous l'empire du droit commun Le mari ne peut plus disposer qu'à titre de copropriétaire par indivis des biens compris dans la masse; il est donc soumis à la règle du partage déclaratif: la disposition sera valable ou nulle, selon que la chose tombera dans le lot de ses héritiers ou dans le lot de la femme. C'est l'application littérale de l'article 1021 combiné avec l'article 1423 (2). Ici revient le débat sur l'esprit de la loi. Si l'article 1423 était une disposition de principe, comme on le prétend, on devrait l'appliquer par voie d'interprétation extensive; tandis qu'une pareille interprétation est impossible quand on considère l'article 1423 comme une exception; nous venons de dire (n° 34) qu'à notre avis le caractère exceptionnel de cette disposition n'est pas douteux.

N° 3. RESTRICTIONS QUE REÇOIT LE POUVOIR DU MARI.

38. Le pouvoir du mari était plus étendu sous l'ancien droit que sous l'empire du code civil : il était, à la lettre, seigneur et maître. Toutefois les coutumes apportaient une restriction très-importante à cette autorité absolue. Après

(1) Rejet, 18 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285). Rodière et Pont, t. II, p. 181, n° 893.
(2) Paris, 6 mai 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

avoir dit que le mari est seigneur, la coutume de Paris ajoute (art. 225) : « En telle manière qu'il peut vendre les biens de la communauté, aliéner, ou hypothéquer, et en faire ou disposer, par donation ou autre disposition entre-vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme, à personne capable et *sans fraude.* » Sans *fraude!* Ces mots ne sont pas reproduits dans les articles 1421 et 1422. Est-ce à dire que le pouvoir du mari aille jusqu'à disposer des biens communs en fraude des droits de la femme? Le droit et la morale protestent contre une pareille interprétation. Il est vrai que le mari est *seigneur*, mais il l'était bien plus sous l'ancien droit que dans le droit moderne; néanmoins on faisait exception pour la fraude. C'est qu'il est impossible d'admettre que le mari puisse compromettre et anéantir les droits de la femme par des actes frauduleux. La communauté est une société; quelle que soit l'autorité du mari, il reste vrai de dire que la femme a un droit de copropriété qui se réalisera par son acceptation. Or, conçoit-on que le mari ait le pouvoir légal de dépouiller sa femme de ce droit par des actes frauduleux? Ce n'est pas pour ruiner la femme que les coutumes le déclaraient seigneur et maître, c'est pour faire prospérer la société de biens dont il est le chef. D'ailleurs la fraude fait exception à toutes les règles : les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits; à plus forte raison cette faculté doit-elle appartenir à la femme, qui est plus que créancière, qui est copropriétaire.

39. Le principe n'est pas douteux. Reste à savoir quel est le sens de ces mots de la coutume *sans fraude?* Pothier les explique comme suit : « Le mari, seigneur des biens de la communauté, en peut disposer à son gré, sans le consentement de la femme. Néanmoins ces dispositions ne sont valables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part que la femme a dans les biens lors de la dissolution de la communauté. Il ne peut surtout pas s'en avantager au préjudice de cette part. Ainsi il y a *fraude* quand le mari, en disposant, veut dépouiller la femme de la part qu'elle a dans le bien dont le mari dis-

pose. Il y a surtout fraude quand le mari, en dépouillant sa femme, a pour but de s'enrichir lui-même. Le principal de la fraude, continue Pothier, est lorsque la disposition des biens de la communauté tend à avantager le mari au préjudice de la femme en la privant de la part qu'elle doit avoir un jour dans les biens de la communauté. C'était l'interprétation de Dumoulin : « sans fraude, c'est-à-dire sans s'enrichir lui ou ses hoirs en diminution de la communauté (1). »

Il y a donc deux cas de fraude : d'abord quand le mari diminue la communauté pour s'enrichir ; c'est la fraude ordinaire. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui de la récompense, prévu par l'article 1437. Les deux époux doivent récompense quand ils tirent un profit personnel des biens de la communauté ; ils doivent indemniser la communauté. La loi ne suppose pas la fraude De la part de la femme, cela est impossible ; elle ne peut tirer un profit de la communauté sans le concours du mari ; or, on ne dira pas que le mari s'entend avec la femme pour frauder la communauté. La différence est grande entre le profit fait sans fraude par le mari et la spoliation de la femme par des actes frauduleux ; dans le premier cas, l'acte qui a procuré un bénéfice au mari reste valable, il oblige seulement le mari à indemniser la communauté. Dans le second cas, l'acte frauduleux sera annulé sur la demande de la femme.

Il y a un second cas de fraude : le mari diminue la communauté, non pour s'avantager lui-même, mais pour frustrer la femme en avantageant des tiers. Ce sera en haine de la femme (2). Ces mauvaises passions sont rares : les hommes agissent plus par cupidité que par haine.

40. Quelle que soit la fraude, elle donne lieu à une action en nullité. C'est le droit commun établi par l'article 1167. Il ne s'agit pas d'une simple action en indemnité. La femme ne peut pas agir quand il n'y a pas de fraude, car le mari a le droit du propriétaire ; il peut user

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 467 et 481.
(2) Aubry et Rau, t V, p. 326, § 509.

et abuser, il peut dissiper et perdre la communauté sans que la femme ait le droit d'attaquer ses actes. C'est seulement quand le mari diminue la communauté par des actes frauduleux que la femme a le droit d'agir (1).

On lui a contesté ce droit par d'assez mauvaises raisons. Pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne, dit-on, il faut qu'un droit soit lésé. Or, la femme n'a pas de droit pendant la durée de la communauté: donc il ne peut être question d'un acte fait en fraude de ses droits (2). Il y a quelque chose de vrai dans cette objection, c'est que la femme ne peut pas agir pendant la durée de la communauté, son droit d'associée ne s'ouvre qu'à la dissolution; or, c'est comme associée qu'elle se plaint; la conséquence est que la femme ne peut agir que lorsque la communauté est dissoute et qu'elle l'accepte (3).

L'acceptation de la femme soulève une autre objection contre elle. En acceptant, elle s'approprie tous les actes du mari, comme si elle y avait été partie; or, ayant consenti à l'acte, elle ne peut plus soutenir qu'il est fait en fraude de ses droits : n'est-ce pas le cas de l'adage *Volens non fraudatur?* Nous avons déjà rencontré cette argumentation; elle est très-juste quand il s'agit d'actes de bonne foi, elle est fausse quand les actes du mari sont frauduleux. Il en est de la femme comme des héritiers : ceux-ci continuent la personne du défunt, et néanmoins ils peuvent attaquer les actes frauduleux par lesquels il a porté atteinte à leur réserve. De même la femme, quoique acceptant, n'est pas liée par les actes que le mari a faits en fraude de ses droits; il serait absurde de prétendre que la femme ne peut accepter qu'en approuvant la fraude, car il en résulterait qu'elle ne pourrait jamais agir et que le mari peut la frauder à son aise; renonce-t-elle, elle est sans droit et intérêt; accepte-t-elle, elle approuve la fraude (4).

On a puisé une autre objection dans l'article 271 : c'est

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 163, n° 876.
(2) Colmar, 25 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 88).
(3) Brxelles, 25 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 423).
(4) Rejet, 31 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

une disposition spéciale au divorce, qui n'empêche pas l'application du droit commun. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Divorce* (t. III, n° 253) et à un excellent arrêt de la cour de Colmar qui établit très-bien la différence entre la disposition exceptionnelle de l'article 271 et la règle générale de l'article 1167 (1).

41. Puisque la femme agit par l'action paulienne, il faut appliquer les principes qui régissent cette action. On demande si la femme peut agir contre les tiers qui ont traité avec le mari, et même contre les tiers détenteurs qui n'ont pas figuré au contrat (2). Nous avons examiné la question, ainsi que toutes celles qui concernent cette difficile matière, au titre des *Obligations*, où en est le siége.

42. Dans l'ancien droit, le mari pouvait disposer à titre gratuit aussi bien qu'à titre onéreux. C'est surtout en vue des libéralités que les coutumes disposaient que le mari devait agir sans fraude. D'après le code civil, les libéralités sont défendues en règle générale. Cela restreint le cercle des actes que le mari peut faire en fraude des droits de la femme. Les actes à titre onéreux peuvent être frauduleux; cela arrive d'ordinaire quand ils cachent une libéralité. Si l'acte n'est onéreux qu'en apparence, la femme en peut demander la nullité en prouvant que c'est une donation déguisée que le mari n'avait pas le droit de faire; il est certain que le mari ne peut pas plus donner un immeuble sous forme de vente que par donation directe. Dans ce cas, la femme agit en nullité, non en vertu de l'article 1167, mais en vertu de l'article 1422. Pour qu'il y ait lieu d'intenter l'action paulienne, l'acte doit être à titre onéreux, et il faut qu'il diminue la communauté par fraude, soit que le mari en profite, soit que les tiers en profitent. Il ne suffit pas que la communauté soit diminuée, il faut qu'elle le soit par fraude. C'est naturellement à la femme à prouver la fraude. La preuve peut être difficile, mais c'est une difficulté de fait. Nous citerons une espèce jugée par la cour de Bruxelles. Le mari avait vendu,

(1) Colmar, 25 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 89).
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 164, n° 876.

par acte du 29 janvier 1857, plusieurs immeubles dépendants de la communauté universelle qui existait entre lui et sa femme; le prix consistait en une rente viagère de 500 francs. Il mourut, le 3 mars suivant, d'une hydropisie dont il était déjà atteint lors de la vente. Il y avait des circonstances qui rendaient la fraude évidente. Les biens vendus valaient plus de 5,000 francs; les acheteurs étaient les héritiers présomptifs du vendeur. Celui-ci vivait séparé de sa femme. Voilà un exemple d'un acte de disposition que le mari fait en haine de sa femme pour la dépouiller : ce n'est pas pour s'enrichir lui-même, car il est mourant; il veut diminuer la communauté pour frauder les droits que sa femme y doit exercer (1).

43. Le mari peut donner des effets mobiliers à titre particulier; la loi n'y met qu'une seule restriction, c'est qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (art. 1423). Quand la femme peut-elle attaquer ces libéralités? La condition essentielle est qu'elles aient été faites en fraude des droits de la femme. Il ne suffit donc pas qu'elles soient excessives, car le mari peut dissiper et perdre les biens de la communauté par ses libéralités comme par ses actes à titre onéreux; le fait de l'excès ne constitue pas par lui seul la fraude. On ne doit donc pas poser en principe, comme le fait Troplong, que la profusion envers les étrangers est un dol envers la femme (2); il faut, au contraire, maintenir le principe que le mari est seigneur, qu'il peut perdre la communauté par ses excès; il n'y a qu'une chose qui lui soit défendue, la fraude : la femme sera donc tenue de prouver que le mari a agi en fraude de ses droits. Il y a fraude lorsque la libéralité déguise un avantage que le mari se fait à lui-même par l'intermédiaire d'une personne interposée; dans ce cas, la femme doit prouver l'interposition de personnes, car il n'y a pas en cette matière des personnes présumées interposées, comme il y en a dans les cas des articles 911 et 1100. Il y a encore fraude lorsque le mari a donné en haine de la femme, quand même

(1) Bruxelles, 28 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 235). Comparez Bruxelles, 25 février 1859 (*ibid.*, 1859, 2, 299).
(2) Troplong, t. I, p. 278, nº 887.

il ne retirerait aucun profit personnel de la donation (1).

41. Il ne faut pas confondre les donations que le mari fait en fraude de la femme et les donations pour lesquelles le mari doit récompense. La récompense n'implique aucune fraude, elle ne donne pas lieu à une action en nullité; tout ce qui en résulte, c'est que l'époux qui doit une récompense est obligé de rapporter à la communauté le profit qu'il a retiré des biens communs. L'article 1469 en offre un exemple : « Chaque époux ou son héritier rapporte les sommes qui ont été tirées de la communauté ou la valeur des biens qu'il y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant commun. » Ces libéralités sont valables; cela n'est pas douteux quand le mari dote un enfant commun, il peut lui donner des immeubles et l'universalité du mobilier, et même toute la communauté; le mari n'est tenu à récompense que lorsqu'il s'est constitué débiteur personnel de la dot et qu'il paye en effets de la communauté; il acquitte, dans ce cas, une dette qui lui est personnelle, aux dépens de la communauté, donc il doit récompense en vertu de l'article 1437. Il en est de même quand le mari dote en enfant d'un précédent lit en effets mobiliers; car s'il le dote un immeubles ou en une universalité de mobilier, la donation est nulle (n° 32).

La donation d'effets mobiliers que le mari fait à titre de dot à un enfant d'un premier lit soulève des difficultés. On demande d'abord pourquoi il est tenu à récompense. En général, il ne doit pas d'indemnité pour les libéralités qu'il fait à des étrangers, pas plus que pour les biens de la communauté qu'il dissipe; donner, c'est perdre, disent les jurisconsultes romains; or, le mari a le droit de perdre les biens communs. Toutefois il ne faut pas poser comme principe absolu que le mari ne doit pas de récompense pour les donations qu'il fait; il doit récompense pour les actes à titre gratuit comme pour les actes à titre onéreux, d'abord quand il en tire un profit personnel sans aucune pensée de fraude, puis quand il agit en fraude des droits

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 145, n° 66 *bis* VI.

de la femme. Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence entre les donations et les conventions intéressées. Toutefois les auteurs (1) et la jurisprudence semblent admettre comme règle que le mari ne doit pas de récompense pour les libéralités qu'il fait. On invoque l'article 1469, aux termes duquel l'époux rapporte les sommes ou les biens qu'il a tirés de la communauté pour doter un enfant d'un autre lit. L'argument suppose que l'article 1469 consacre une exception au droit commun; on peut interpréter aussi la loi en ce sens qu'elle applique le principe des récompenses à un cas particulier. Ce qui donne un grand poids à la dernière interprétation, c'est que la disposition est empruntée à Pothier, qui la considère comme une application de la règle des récompenses (2). Cette interprétation est aussi fondée en principe et en raison. Le mari doit récompense quand il tire un profit personnel de la vente d'un conquêt; pourquoi ne devrait-il pas récompense quand il s'avantage personnellement par une donation? Le motif de décider, l'équité, est le même dans les deux hypothèses.

La cour de cassation objecte que le mari qui donne ne fait qu'user d'un droit qu'il tient de la loi, et elle en conclut qu'il n'est tenu à aucune récompense de ce chef; la cour ajoute que l'arrêt attaqué constate que la donation que, dans l'espèce, le mari avait faite à sa nièce n'était point excessive (3). La cour ne confond-elle pas la donation pour laquelle le mari doit récompense et la donation qu'il fait en fraude de la femme? Quand il est question de récompense, le montant de la donation est indifférent; il s'agit de constater que le mari en a tiré un profit personnel, et il doit indemnité pour tout le profit. Dire qu'il fait ce qu'il a le droit de faire, c'est prouver trop : le mari a aussi le droit de faire tout acte onéreux, ce qui n'empêche point qu'il doive récompense s'il en tire un avantage.

Cette même confusion se rencontre dans un autre arrêt de

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 328, note 11, § 509. Rodière et Pont, t. II, p. 174. n° 885 Mourlon, t. III, p. 51, n° 125.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 641.
(3) Rejet, 18 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285).

la cour suprême. Le mari avait fait une donation d'effets mobiliers à ses sœurs qui étaient ses héritières présomptives. Devait-il récompense? La cour commence par citer l'article 1422, qui permet au mari de donner sans le soumettre à une récompense. C'est déjà mal poser la question et mal raisonner. L'objet de l'article 1422 n'est pas de décider si le mari doit ou non récompense, le seul but de la loi est de déterminer ce que le mari peut donner. Puis la cour écarte l'article 1469 que le pourvoi invoquait pour en induire que cette disposition devait être appliquée par analogie; l'arrêt répond que l'article 1469 est *absolument limitatif* et ne s'applique qu'aux enfants dotés par le mari, que les donations faites à toutes autres personnes sont régies par l'article 1422. C'est dire qu'il n'est dû récompense que dans le cas de l'article 1422; qu'il n'en est pas dû dans les donations en général. Nous venons de prouver que cela n'est pas exact. Après avoir dit qu'il n'était pas dû récompense, la cour, en se fondant sur l'arrêt attaqué, dit que le mari n'avait retiré aucun profit personnel des donations faites à ses sœurs. Ce considérant est inutile s'il est vrai qu'il ne soit pas dû de récompense. Il suppose donc qu'il y a des cas où une récompense est due. Quels sont ces cas? La cour n'en dit rien; elle se borne à combattre un argument que le pourvoi faisait valoir. La donation faite à des successibles est rapportable, elle profite à la succession, donc au défunt; étrange argument que la cour repousse par le texte de l'article 1437: la loi ne soumet le mari à une récompense que lorsqu'il tire un profit *personnel* de la communauté. Est-ce que le rapport fait à la succession du donateur peut être qualifié de profit *personnel* pour le donateur (1)?

Ce qui nous confirme dans l'opinion que la cour de cassation confond les donations sujettes à récompense et les donations faites en fraude de la femme, c'est que la cour n'a point hésité à appliquer le principe de la récompense aux donations feites par les époux quand ils en retiraient un profit personnel. Telle est une donation faite avec

(1) Rejet, 30 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

charge, quand la charge profite au donateur; nous rapporterons l'espèce plus loin. Il en serait de même d'une donation rémunératoire : elle profite toujours au donateur, quand il acquitte une dette soit civile soit naturelle; dès lors il doit récompense.

45. Nous revenons aux donations que le mari fait à un enfant d'un autre lit; l'article 1469 décide que le mari doit récompense de ce chef. Dans notre opinion, cette disposition ne fait qu'appliquer le principe de la récompense. On dira : si ce n'est que l'application du principe de l'article 1437, la disposition est inutile. Il y a quelque chose de spécial dans le cas prévu par l'article 1469. Quand, lors de la liquidation, on soutient que le mari doit récompense soit pour une libéralité, soit pour un acte à titre onéreux, c'est à celui qui réclame l'indemnité à prouver que le mari a tiré un profit personnel des biens de la communauté; question de fait que le juge décide. Dans le cas de l'article 1469, c'est la loi qui décide; c'est elle qui assujettit le mari à la récompense de tout ce qu'il prend dans la communauté pour doter l'enfant; le demandeur n'a aucune preuve à faire, sinon d'établir l'existence de la donation faite à titre de dot à l'enfant d'un premier lit; il ne doit pas prouver que le mari a tiré un profit de la libéralité. Pourquoi? Parce que la preuve du profit résulte de la nature même de la libéralité. Le père est naturellement obligé de doter ses enfants; or, rien n'est plus personnel qu'une obligation naturelle : le débiteur reconnaît, en payant, qu'il est obligé. C'est donc sur ses biens qu'il doit acquitter sa dette; on ne peut pas dire que c'est une dette de communauté, puisqu'elle ne peut être poursuivie contre la communauté. Il y a encore une autre raison pour laquelle la loi a cru devoir décider elle-même la question de récompense pour les donations faites à un enfant d'un premier lit. La récompense étant une question de fait, les tribunaux auraient pu juger qu'il n'y avait pas lieu à récompense; c'eût été encourager les pères à faire des libéralités à leurs enfants d'un autre lit aux dépens de la communauté. En d'autres termes, le législateur n'a pas cru devoir parler des libéralités ordinaires que peut faire

le mari; il n'est guère disposé à se dépouiller au profit d'un étranger et même d'un parent; tandis que la voix de la nature lui commande de doter ses enfants; et il les aurait dotés trop libéralement s'il avait pu le faire aux dépens de la communauté (1).

46. L'article 1469 ne suppose pas qu'il y ait fraude, puisqu'il ne soumet la donation qu'à une récompense, ce qui implique qu'elle est valable et qu'elle est maintenue. Si la donation était faite en fraude des droits de la femme, celle-ci en pourrait demander la nullité. Quand y a-t-il fraude? Nous l'avons dit plus haut (nº 39). Dans le cas de l'article 1469, la fraude sera plus difficile à établir, car la libéralité a une cause légitime, puisqu'elle a pour objet d'acquitter une dette naturelle. Néanmoins il pourra y avoir fraude si le mari, sous couleur de payer une dette que la nature lui impose, cherche à dépouiller sa femme des droits qu'elle a comme associée. Nous n'insistons pas, parce que la difficulté est de fait; c'est au juge de la décider d'après les circonstances de la cause. Notons seulement l'intérêt que la femme a d'agir en nullité plutôt que de demander une récompense. La récompense s'exerce sur la communauté et contre le mari; or, la communauté peut être épuisée et le mari insolvable. Dans ce cas, la femme est très-intéressée à poursuivre la nullité de la donation si réellement elle est frauduleuse, puisque son action réagit contre les tiers (2).

47. L'article 1469 a soulevé récemment une autre difficulté. Il parle d'une libéralité faite à un enfant pour le *doter*. En faut-il conclure que le mari peut faire une libéralité à un enfant d'un autre lit pour une autre cause, et que cette libéralité ne sera pas sujette à rapport? La cour de cassation a jugé que la disposition de l'article 1469 est restrictive, en ce sens qu'il n'y a que les donations dotales pour lesquelles le mari doive récompense. Ainsi formulée la décision serait trop absolue et inexacte. L'article 1469 n'est pas une exception à la règle des récompenses, c'est

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 145, nº 66 *bis* VI. Rejet, 21 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 1, 189).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 146, nº 166 *bis* XI.

plutôt une application de cette règle (n° 45). Toute libéralité, comme tout acte du mari, est sujette à récompense quand le mari en a retiré un profit personnel; donc aussi la donation faite à un enfant d'un premier lit, quand même cette donation n'aurait pas été faite à titre de dot. Seulement, s'il s'agit d'une libéralité ordinaire, c'est à la femme de prouver que le mari en a tiré un profit, car ce n'est plus une donation faite en l'acquit d'une obligation naturelle.

En réalité, la décision de la cour de cassation n'a pas la portée qu'on lui a donnée (1). S'il y a un reproche à lui faire, c'est d'avoir confondu la récompense avec la fraude. Le pourvoi a contribué à induire la cour en erreur. Il prétendait qu'il fallait appliquer l'article 911 à la libéralité que le mari fait à un enfant d'un premier lit et que, par suite, elle devait être annulée comme présumée faite par personne interposée en faveur du mari. C'était une erreur palpable, bien qu'elle soit professée par Merlin et Toullier. L'article 911 n'a rien de commun avec la donation que le mari fait à l'enfant d'un premier lit; il annule la libéralité faite à un incapable par personne interposée, c'est-à-dire à l'une des personnes que la loi déclare incapables de recevoir. Or, dans l'espèce, il ne s'agit pas d'une incapacité de recevoir, il s'agit de savoir si la donation est sujette à récompense, ou si elle est nulle comme étant faite en fraude des droits de la femme. C'est sur ce point qu'il y a confusion dans l'arrêt. Toute disposition, dit la cour, quoique faite en apparence au profit de personnes capables de recevoir, est susceptible d'être *annulée* lorsque en réalité, *elle est destinée à enrichir le mari* aux dépens de la communauté (2). Voilà la donation faite en fraude de la femme; la cour dit très-bien que pour qu'une donation puisse être annulée, il faut que le but frauduleux soit prouvé; et, dans l'espèce, la fraude n'était point constatée par l'arrêt attaqué. Mais la donation, quoique non frauduleuse, pouvait donner lieu à récompense s'il

(1) Voyez la note de Beudant sur l'arrêt de la cour, dans Dalloz, 1870, 1, 5.
(2) Cassation, 23 juin 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

avait été établi que le mari en avait retiré un avantage aux dépens de la communauté. C'est ce point que la cour semble confondre avec la donation frauduleuse. La différence est grande : la récompense suppose une donation valable, tandis qu'en cas de fraude la donation est nulle. Dans l'un et l'autre cas, le mari s'avantage aux dépens de la communauté, mais dans le cas de récompense, il le fait sans dessein de fraude ; il ne faut donc pas dire que toute donation destinée à enrichir le mari aux dépens de la communauté est frauduleuse et nulle à ce titre.

48. La jurisprudence admet la validité d'une donation immobilière quand la femme concourt à l'acte. On a prétendu que ces donations donnaient lieu à récompense par elles-mêmes. Cette prétention ne pouvait être accueillie, car elle ne repose sur rien : comment y aurait-il récompense alors qu'aucun des deux époux ne s'enrichit aux dépens de l'autre, ni aux dépens de la communauté? Dans une première espèce jugée par la cour de cassation, la donation était faite avec charge, et la charge, consistant en une rente viagère, était stipulée dans l'intérêt des donateurs. L'arrêt attaqué de la cour de Limoges distinguait très-bien la libéralité faite comme témoignage d'affection ou de reconnaissance et la charge : la libéralité ne pouvait donner lieu à récompense, mais il en était autrement de la charge, puisqu'elle procurait un profit personnel aux donateurs. Ce dernier point a également été contesté ; la rente viagère était stipulée au profit des deux époux ; donc, disait-on, il n'y avait d'avantage personnel pour aucun. C'était mal raisonner. La cour de cassation rétablit les choses dans leur réalité : le profit était aléatoire, mais il n'en résultait pas moins de la donation ; donc il y avait lieu d'appliquer le principe de la récompense (1). Si l'avantage n'existe qu'au profit de l'un des époux, celui-là seul devra récompense. Telle serait une donation au profit d'un enfant d'un premier lit par le mari avec le concours de la femme : la femme ne tire aucun profit de la donation, donc elle ne doit aucune récom-

(1) Deux arrêts de Rejet, 29 avril 1851 (Dalloz, 1852, 1, 25 et 26).

pense; son concours à l'acte n'empêche pas le mari d'en tirer profit, ce qui l'oblige à indemniser la communauté (1).

§ II. *Des actions.*

49. La coutume de Paris disait (art. 233) : « Le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme; et peut le mari agir et déduire lesdits droits et actions en jugement sans ladite femme. » Pothier donne le motif de cette disposition : « La communauté étant composée de tous les biens mobiliers de chacun des conjoints et le mari étant, en sa qualité de chef de la communauté, seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure, la coutume a très-bien tiré la conséquence qu'il est seigneur pour le total des actions mobilières de sa femme et qu'il peut seul les déduire en jugement. » Cela est si évident, qu'il était inutile de le dire. Celui qui est seigneur et maître et qui a le droit absolu de disposer des biens peut naturellement agir en justice pour réclamer ses droits ou pour les défendre; c'est le droit de tout propriétaire. Or, le mari est propriétaire des biens communs. Voilà pourquoi le code ne dit rien des actions concernant les biens communs; il va sans dire qu'elles appartiennent toutes au mari, sans distinguer entre les actions mobilières et immobilières. L'article 1428 ne parle que des actions concernant les propres de la femme; nous y reviendrons.

La coutume de Paris ne dit rien des actions mobilières et possessoires qui procèdent du côté du mari, parce que la communauté n'apporte aucun changement aux droits que le mari a sur son patrimoine; il reste propriétaire et, comme tel, il continue à exercer les actions relatives à ses biens; peu importe, quant à lui, s'ils tombent ou non en communauté. Il a également le pouvoir d'agir quant aux conquêts, toujours parce qu'il en est le maître. Enfin le régime de communauté lui donne ce droit sur les biens

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 146, n° 166 *bis* VI.

de la femme qui y entrent, parce qu'il en devient seigneur et maître. La femme, en se mariant, met, dans la société de biens qu'elle forme, ses biens mobiliers présents et futurs et, par conséquent, les actions mobilières. A partir du mariage, c'est le mari qui agit, soit en demandant, soit en défendant. Pothier en déduit cette conséquence qui est certaine : Quand même ces actions auraient été intentées par la femme avant son mariage, elles ne peuvent plus, après le mariage, être poursuivies par elle et contre elle seule, il faut que l'instance soit reprise par le mari ou contre le mari (1). Nous nous bornons à poser le principe, les détails appartiennent à la procédure.

Ce que nous disons des actions mobilières s'applique aux actions possessoires. La coutume de Paris les donne au mari, elle suppose qu'il s'agit des propres; car, quant aux conquêts, le mari en étant propriétaire, il a toutes les actions, immobilières ou pétitoires, aussi bien que possessoires. S'il a les actions possessoires concernant les propres de la femme, c'est que la communauté en a la jouissance; elle doit donc avoir les actions qui protégent la jouissance. C'est l'explication donnée par Pothier.

50. La coutume ne parle pas des actions pétitoires concernant les propres de la femme. En principe, elles n'appartiennent qu'à la femme, puisque c'est elle qui est propriétaire. Le mari ne les a point comme chef de la communauté, puisque les propres restent en dehors de la société des biens que les époux forment en se mariant. Le mari ne les a pas comme administrateur des biens de la femme, car le droit d'intenter des actions immobilières n'est pas un droit d'administration; il n'y a que celui qui peut disposer des immeubles qui ait le droit d'agir en justice. Le mari n'a donc aucune qualité pour intenter ces actions ni pour y défendre.

La question est cependant controversée; il règne une grande incertitude, en cette matière, et dans la doctrine et dans la jurisprudence. Le code ne décide pas la difficulté en termes formels; il dit que « le mari peut exercer

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 473.

seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme » (art. 1428). Faut-il conclure de là qu'il n'a pas le droit d'intenter les actions immobilières? Ce serait, dit Toullier, appliquer le pitoyable brocard des glossateurs *Inclusio unius est exclusio alterius*; c'est l'argument mal famé qui se fonde sur le silence du législateur. Il est vrai que l'argument dit *a contrario* a peu de valeur; mais, dans notre question, il s'appuie sur les principes, ce qui change la thèse. Déjà, dans l'ancien droit, Lebrun disait que la femme doit être partie dans toutes les actions que le mari intente pour ses immeubles; car, n'ayant pas la faculté de les aliéner sans sa femme, il n'a pas le droit non plus d'en intenter les actions sans elle: il est absurde, disent les lois romaines, que celui qui ne peut aliéner puisse agir en justice (1). Toullier invoque, de son côté, les principes. L'article 1428, dit-il, déclare le mari responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme; donc il doit avoir le droit d'agir. La fin de l'article répond à l'objection : le mari n'est responsable que lorsque le dépérissement arrive par défaut d'actes conservatoires; or, rien n'empêche le mari d'interrompre la prescription, mais cela ne lui donne pas le droit d'agir au pétitoire. Enfin Toullier se prévaut de l'ancien droit (2). Sur ce point, on l'a accablé de témoignages (3). Nous nous contenterons de celui de Ferrière; on sait que, dans son Commentaire sur la coutume de Paris, il ne fait que recueillir et compiler, comme il le dit, les opinions des auteurs et les décisions des parlements, mais il le fait avec intelligence. Que dit-il de l'article 239, dont nous avons transcrit le texte? « La coutume borne et restreint le pouvoir du mari à intenter et déduire seulement les actions mobilières et possessoires de sa femme sans son consentement, et non celles qui concernent le fonds, la propriété et le domaine de ses biens... Il ne peut rien faire, sans le consentement de sa femme, qui puisse emporter l'aliéna-

(1) Lebrun, *De la communauté*, p. 204, n° 28 (II, 2, 4).
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 338. n°s 384-391.
(3) Odier, t. I, p. 259 et suiv., n° 274. Rodière et Pont, t. II, p. 198, n° 907.

tion de ses biens, et partant il ne peut point déduire ni intenter les actions réelles qui concernent la propriété des choses, laquelle appartient à la femme. » La tradition a été consacrée par l'article 1428; ce qui est décisif (1).

51. Là n'est point la véritable difficulté. Toullier dit que le mari a les fruits et revenus des propres de la femme, qu'à ce titre il doit avoir le droit de les revendiquer. Si cette jouissance était un véritable usufruit, la question serait décidée; le mari aurait, comme usufruitier, le droit d'intenter les actions réelles qui intéressent l'usufruit. Mais ce point même est douteux. Toujours est-il qu'en donnant au mari la jouissance des propres de sa femme, la loi a dû lui donner le droit de sauvegarder sa jouissance. L'intérêt du mari est évident; si la femme ne se défendait point, ou se défendait mal, la propriété périrait et, par suite, l'usufruit. Cet intérêt venant à l'appui du droit, le mari doit avoir la faculté d'intenter les actions réelles en tant qu'il y a intérêt à raison de sa jouissance. Toutefois il ne représente pas la femme; il n'est pas propriétaire, et il n'a pas le droit d'agir au nom de la femme propriétaire. Donc les jugements qui interviendront avec lui ne lieront pas la femme, parce qu'elle n'a pas été partie au procès, et elle n'y a pas été représentée (2). De là suit encore que si, par suite des conventions matrimoniales, le mari n'avait pas la jouissance d'un propre de la femme, il n'aurait plus ni droit ni intérêt d'agir (3).

52. Quelle est la jurisprudence? Nous mettons le fait en question, parce que, chose singulière, on invoque l'autorité de la cour de cassation à l'appui des opinions les plus contraires. Troplong dit qu'elle a consacré l'opinion qu'il enseigne et qui distingue entre les droits du mari comme usufruitier et les droits du mari comme administrateur; tandis que les éditeurs de Zachariæ, qui professent la même opinion, disent que la cour suprême recon-

(1) Cassation, 22 avril 1873 (Dalloz, 1873, 1, 428). La cour ne discute pas même la question, elle se borne à citer l'article 1428.
(2) Troplong, t. I, p. 305, nº 1006.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 334, nº 29, et les auteurs, en sens divers, qu'ils citent.

naît au mari le droit d'agir comme administrateur des biens de la femme (1). Cela prouve que la jurisprudence n'est pas très-claire.

Un premier arrêt décide que le mari étant *administrateur des biens de la femme*, responsable du dépérissement qu'ils éprouvent par le défaut d'actes conservatoires, et maître des fruits qui en proviennent pendant le mariage, a droit d'exercer, dans son intérêt et pour la conservation des droits de la femme, les actions immobilières de celle-ci. Voilà bien la doctrine que nous avons combattue d'accord avec Troplong et avec Aubry et Rau; elle donne au mari le droit d'intenter les actions immobilières en qualité d'administrateur, ce que nous considérons comme une hérésie juridique. La cour elle-même recule devant les conséquences de sa doctrine. S'il est vrai que le mari a le droit d'agir comme administrateur légal, il a par cela même qualité pour représenter la femme; donc celle-ci est partie en cause et, par conséquent, le jugement peut lui être opposé. La cour, au contraire, dit que si la femme n'intervient pas dans l'instance, le jugement rendu avec le mari n'aura pas force de chose jugée contre elle s'il lui est défavorable.

Le second arrêt de la cour confond et embrouille tous les principes. Elle cite les articles 1428 et 1549, l'un concernant le régime de communauté, l'autre relatif au régime dotal. Il est vrai que le mari est administrateur des biens dotaux de la femme sous les deux régimes. Mais son pouvoir d'administration sous le régime dotal est bien plus étendu; la loi lui donne le droit de poursuivre les détenteurs des biens dotaux, c'est-à-dire d'intenter les actions réelles; ce qui est une conséquence de la fiction romaine en vertu de laquelle le mari était considéré comme propriétaire de la dot. Le droit coutumier ignore cette fiction, le mari est un simple administrateur; or, le code ne donne jamais aux administrateurs des biens d'autrui le droit d'intenter les actions immobilières : le tuteur

(1) Troplong, t. I, p. 306, n° 1008. Aubry et Rau, t. V, p. 334, note 29, § 509.

n'a pas ce droit (art. 464), les envoyés en possession des biens d'un absent ne l'ont point (t. II, n° 188). La cour va jusqu'à permettre au mari d'intenter les actions concernant les biens paraphernaux sur lesquels le mari n'a aucun droit (1); la confusion est complète. Une pareille jurisprudence n'a aucune autorité.

53. L'absence de tout principe conduit aux procès et aux décisions les plus déraisonnables. Il a été jugé que le père survivant représentait les enfants dans une action où ils avaient le même intérêt, comme s'il suffisait de l'intérêt commun pour donner qualité d'agir. Est-ce que le mari peut représenter sa femme ou ses enfants, alors qu'il n'y a plus de communauté? Cependant la cour de Limoges l'avait jugé ainsi. L'arrêt a été cassé (2); nous croyons inutile de reproduire les motifs, il suffit de poser la question pour la résoudre.

§ III. *Des dettes contractées par le mari.*

N° 1. A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS.

54. Nous avons déjà dit qu'à l'égard des créanciers, toute dette du mari est une dette de communauté, et nous avons exposé le fondement de ce principe (t. XXI, n°s 424-427). La loi applique le principe même aux amendes que le mari encourt pour un délit criminel; elle permet de le poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme (art. 1424). Pothier a assez de peine à justifier cette disposition. La femme est tenue par son acceptation, parce qu'en acceptant elle s'approprie les actes du mari. Or, on ne peut certes pas dire que la femme, qui n'a eu aucune part au délit, soit censée l'avoir commis avec son mari. Elle n'en est pas moins censée, dit Pothier, s'être obligée avec lui, en sa qualité de commune, à la réparation du délit pour sa part en la com-

(1) Cassation, 14 novembre 1831, et Rejet, 15 mai 1832 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1336).
(2) Cassation, 14 juin 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1140).

munauté (1). Cette doctrine conduit logiquement à charger la communauté des amendes sans récompense. Pothier ne recule pas devant cette conséquence; elle démontre, nous semble-t-il, la fausseté du principe. Conçoit-on que les délits engendrent une dette sociale? En droit, il y a un vieil adage qui dit: *Nulla delictorum societas*. Et la raison ainsi que le sens moral se révoltent contre l'obligation imposée à la femme de payer une amende pour un délit qui lui est étranger. Il est vrai que le code lui donne une récompense, mais la récompense peut être dérisoire si la communauté est mauvaise et si le mari est insolvable. Le délit est un fait essentiellement personnel au coupable, donc les obligations qui en résultent devraient aussi être personnelles.

L'article 1424 donne lieu à une légère difficulté de texte. Il parle des amendes encourues par le mari pour *crime*. Est-ce à dire que le principe ne reçoit pas d'application aux *délits* et aux *contraventions?* La distinction que le code pénal de 1810 fait entre les diverses infractions n'existait point lorsque le code civil a été discuté et publié; le mot *crime* est donc pris dans son acception la plus large. Cela est aussi fondé en raison. Conçoit-on que la communauté soit tenue des amendes pour les infractions les plus graves et qu'elle ne soit pas tenue des amendes pour les infractions relativement plus légères? Cela n'aurait pas de sens (2).

55. L'article 1424 ajoute une restriction au principe qu'il pose; il dit « pour crime n'emportant pas mort civile. » L'article 1425 explique cette restriction : « Les condamnations prononcées contre l'un des deux époux pour crime emportant mort civile ne frappent que sa part de communauté et ses biens personnels. » Cette exception a été empruntée à l'ancien droit. Elle a été introduite en haine de la confiscation des biens, peine souverainement injuste qui aurait frappé l'époux innocent et les enfants. On justifiait l'exception, en droit, par cette considération

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 248.
(2) Rodière et Pont et tous les auteurs (t. II, p. 133, n° 837).

que la mort civile était encourue, dans l'ancien droit, par le seul fait de la condamnation; donc au moment où naissait l'obligation de payer l'amende et les frais, il n'y avait plus de communauté, puisque la mort civile la dissolvait. C'était une justification telle quelle : le crime étant commis pendant la communauté, les obligations qui en naissent pouvaient et devaient frapper la communauté, au moins pour les crimes du mari, puisqu'on lui reconnaissait le pouvoir exorbitant d'obliger la communauté par ses délits. Dans notre droit moderne, la mort civile n'est encourue que par l'exécution de la condamnation (art. 26 et 27); donc la raison ou le prétexte qu'on alléguait dans l'ancien droit venait à tomber, partant, l'exception de l'article 1425 n'avait plus de raison d'être. Elle n'existe plus ni en France ni en Belgique, puisque la mort civile est abolie en Belgique par notre constitution et en France par la loi du 1er mai 1854 (1). On peut donc poser comme règle absolue qu'à l'égard des créanciers toute dette du mari est une dette de communauté. Cela est logique, puisque le mari est seigneur des biens communs.

N° 2. ENTRE ÉPOUX.

56. L'article 1409, qui dispose que les dettes contractées par le mari pendant la communauté tombent dans le passif de la communauté, ajoute : « sauf la récompense dans les cas où elle a lieu. » Pothier explique ce qu'il appelle une exception par cette considération que le mari doit indemniser la communauté quand la dette a été contractée pour des affaires qui concernent son intérêt seul et dont il n'y a que lui qui profite. A vrai dire, l'exception est une règle générale du régime de communauté; elle dérive d'un principe que Pothier formule comme suit: « Encore bien que le mari soit, pendant le mariage et tant que la communauté dure, maître absolu des biens communs et qu'il puisse, en conséquence, en disposer à son

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 332, note 24. Rejet, 2 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 266).

gré, il ne peut néanmoins s'en avantager au préjudice de la part que doit y avoir sa femme (1). » Le principe des récompenses n'est pas spécial au mari, c'est une règle générale de notre régime que le code formule dans l'article 1437 ; nous y reviendrons en traitant de la liquidation de la communauté.

57. Pour que le mari doive récompense, il faut, d'après la règle de l'article 1437, qu'il ait tiré un profit personnel des biens de la communauté. Or, ce n'est pas tirer un profit personnel des biens communs que de s'obliger dans l'intérêt d'un tiers aux affaires duquel on est étranger. Pothier en fait la remarque, et cela est d'évidence. Le mari se rend caution d'un ami pour des affaires auxquelles il n'a aucun intérêt, uniquement pour faire plaisir au débiteur ; la dette est à charge de la communauté, sans que le mari en doive récompense, car il n'en tire aucun profit personnel. C'est perdre les biens communs ; or, le mari a le droit de les perdre (2).

La cour de cassation a fait l'application de ces principes aux emprunts que le mari contracte pendant la durée de la communauté. Dans l'espèce, la femme réclamait une récompense, parce qu'il n'était pas justifié que la femme eût profité des sommes empruntées. La cour a jugé que les emprunts faits par le mari étaient présumés avoir été contractés dans l'intérêt de la communauté ; d'où elle conclut que c'est à celui qui réclame une récompense à prouver que les deniers empruntés ont servi à acquitter une dette personnelle au mari, ou que celui-ci en a tiré un profit personnel quelconque (3). Il nous semble que la décision, juste au fond, est mal motivée. La loi n'établit pas la présomption que les emprunts contractés par le mari sont faits dans l'intérêt de la communauté ; cela impliquerait que le mari n'oblige la communauté, sans être tenu à récompense, que lorsque la dette est contractée dans l'intérêt de la communauté. Or, Pothier vient de nous dire le contraire, et cela n'est point douteux. Le mari n'a donc

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 250.
(2) Pothier. *De la communauté*, n° 248.
(2) Cassation, 19 juillet 1864 (Dalloz, 1865, 1. 66).

pas besoin de cette prétendue présomption pour repousser la demande de récompense. Celui qui soutient que le mari doit récompense est demandeur, car il réclame une indemnité à charge du mari, il doit prouver le fondement de sa demande, c'est-à-dire que le mari a tiré un profit personnel des deniers empruntés.

58. Quand le mari tire-t-il un profit personnel des biens de la communauté? C'est une question de fait. L'article 1437 donne des exemples sur lesquels nous reviendrons. Nous venons de dire que le mari doit récompense quand il dote un enfant d'un premier lit avec des deniers ou des biens pris dans la communauté (art. 1469). C'est un profit personnel, en ce sens que le mari paye une dette qui lui est personnelle (n° 45).

Il y a des cas où le mari doit récompense pour une dette personnelle acquittée par la communauté, sans que l'on puisse dire qu'il en tire un profit personnel, en ce sens qu'il se soit enrichi. D'après l'article 1424, le mari doit récompense des amendes que la communauté a payées à sa décharge. Il ne s'enrichit pas par là, mais il tire un profit personnel de la communauté, puisque la dette personnelle de sa nature aurait dû être payée sur les biens qui lui sont personnels; la communauté fait une avance que le mari doit restituer. Il importe de préciser le vrai motif de cette décision, parce qu'il nous servira à décider une question très-controversée. Troplong dit que c'est une dérogation aux vrais principes qui régissent le pouvoir du mari; il serait plus vrai de dire que c'est une dérogation à la théorie traditionnelle, une innovation législative. Reste à savoir laquelle des deux doctrines est la plus juridique. Nous avons répondu d'avance à la question. Le mari est sans doute seigneur de la communauté, il en dispose à son gré, même pour des affaires étrangères à la société conjugale. C'est déjà aller très-loin que de lui permettre d'obliger la communauté sans récompense, alors qu'il n'agit pas dans l'intérêt de la communauté. Le législateur français a pensé que ce serait aller trop loin et violer le principe essentiel de toute société que de déclarer la femme commune obligée par les délits du mari. La femme,

en acceptant, s'approprie les actes du mari. On conçoit, à la rigueur, qu'elle soit censée avoir concouru au cautionnement du mari pour un ami, quoique cet acte soit étranger à la communauté, car rien de ce qui intéresse le mari n'est étranger à la femme; mais il n'y a ni principe ni fiction qui puisse expliquer que la femme soit complice d'un délit du mari auquel elle n'a pas participé. Le délit est le plus personnel des actes; les obligations qui en résultent doivent aussi être personnelles à l'auteur du délit.

59. Nous préjugeons par là la décision d'une question très-controversée : le mari doit-il récompense des réparations civiles qui résultent du délit et que la communauté a été obligée de payer? Que la communauté en soit tenue à l'égard du créancier, cela n'est point douteux, puisqu'elle est même tenue des amendes. Mais a-t-elle droit à une récompense de ce chef? C'est notre avis. Le code civil établit, dans deux articles (1409 et 1424), le principe que le mari doit récompense pour les dettes qui lui sont personnelles; et il considère comme dette personnelle l'amende que le mari encourt pour un délit criminel. L'amende est une conséquence du délit. Si l'amende est personnelle au mari parce que le délit lui est personnel, il en doit être de même des réparations civiles, par identité de motifs, les réparations étant une suite du délit aussi bien que les amendes.

On objecte le texte de la loi; l'article 1424 n'oblige le mari à récompense que pour les amendes, la loi ne parle pas des réparations civiles; on en conclut que le mari ne doit aucune récompense de ce chef. L'argument serait bon si l'article 1424 établissait une exception au droit commun; il n'en est rien; le code déroge à l'ancien droit, mais en innovant il revient aux vrais principes. L'article 1424 est donc l'application d'un nouveau principe, plus rationnel que l'ancien : ne serait-il pas contradictoire d'appliquer les doctrines traditionnelles aux réparations civiles, alors que le législateur les a rejetées pour les amendes?

(1) Troplong, t. I, p. 285, n° 917. Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 155, n° 68 *bis* I.

Conçoit-on qu'il y ait deux règles contraires pour deux conséquences d'un seul et même fait? Les amendes sont personnelles, parce qu'elles sont encourues pour un fait personnel; et les réparations civiles, également encourues pour un fait personnel, ne seraient pas personnelles!

Pour admettre une pareille anomalie, il faudrait que la loi nous y forçât. Or, la loi dit seulement que les amendes donnent lieu à une récompense, elle ne dit pas que les amendes seules donnent lieu à une récompense. Le texte n'est donc pas restrictif; cela suffit pour que l'interprète puisse et doive appliquer aux réparations civiles le principe que l'article 1424 applique aux amendes. On prétend que le sens restrictif de l'article 1424 résulte de la combinaison de cet article avec l'article 1425. Quand il s'agit des suites du délit que le code met à la charge du mari, en ce sens qu'il en doit récompense, il se sert du mot *amendes*. S'agit-il des suites d'un crime emportant mort civile, que le code ne permet pas de poursuivre contre la communauté, il emploie l'expression générale de *condamnations*, qui comprend les réparations civiles aussi bien que les amendes. Si l'intention du législateur, dans l'article 1424, avait été de mettre les réparations civiles à la charge personnelle du mari, il se serait servi de l'expression générale de *condamnations*; en employant l'expression spéciale d'*amendes*, il a dû l'employer dans un sens restrictif. Nous croyons que l'on attache aux expressions dont la loi se sert une signification qu'elles n'ont pas. Le législateur français n'aime pas à répéter les mêmes expressions : qui nous dit que ce n'est pas là la raison pour laquelle il se sert du mot *amendes* dans l'article 1424 et du mot *condamnations* dans l'article 1425? Rien n'a été dit dans les travaux préparatoires sur les articles 1424 et 1425; les deux interprétations sont donc admissibles, celle qui restreint l'article 1424 aux amendes et celle qui permet de l'appliquer aux réparations civiles : laquelle faut-il choisir? Nous donnons la préférence à l'interprétation qui est rationnelle. A ce point de vue, nous pouvons invoquer en notre faveur l'article 1425 dont on se prévaut contre notre opinion; il met sur la même ligne les répa-

rations civiles et les amendes quand il s'agit d'un crime emportant mort civile, quoique les réparations civiles soient dues du jour où le fait dommageable a été commis, et non du jour de la condamnation; la loi ne permet pas de poursuivre la communauté, on ne peut donner d'autre motif de cette disposition, sinon qu'il serait irrationnel de distinguer entre les diverses obligations qui résultent d'un crime. Si cela est irrationnel pour les crimes prévus par l'article 1425, cela est aussi irrationnel pour les délits dont parle l'article 1424.

On fait encore une objection contre notre théorie des faits personnels. Elle conduit logiquement, dit-on, à mettre à la charge du mari, sans récompense, les obligations qui naissent d'un délit civil, et même celles qui naissent d'un quasi-délit; et si l'on voulait pousser le principe à bout, il faudrait même dire que le dol étant personnel au mari, ainsi que toute espèce de faute, lui seul en doit répondre. Nous répondons que c'est donner à notre théorie une portee qu'elle n'a point. Il y a une ligne de démarcation naturelle entre les infractions pénales et les obligations civiles. Le délit est un fait essentiellement personnel, auquel la femme est étrangère et dont elle ne doit pas pâtir. Il n'en est pas de même du dol et de la faute aquilienne, ici on rentre dans le droit commun : le dol est une espèce de faute, et la faute aquilienne ne diffère pas en essence de la faute conventionnelle. Dès lors les principes de droit ne s'opposent pas à ce que l'on étende à la femme les obligations que le mari contracte par un délit ou un quasi-délit, tandis que le sens moral se révolte à la pensée qu'un crime impose une obligation quelconque à la femme qui en est innocente (1).

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 133, n° 838, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 333, et note 27, § 509, et les autorités qu'ils citent; il faut y ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 156, n° 68 *bis* IV. Nous ne connaissons qu'un seul arrêt formel sur notre question, il est favorable à l'opinion que nous combattons. Douai, 30 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 977).

ARTICLE 2. Droits de la femme.

60. La femme a-t-elle des droits pendant la durée de la communauté? Elle est associée en vertu de la convention tacite qui a formé la communauté légale, mais c'est un associé sans droits actuels. En ce sens Dumoulin disait qu'elle n'était pas associée, qu'il y avait seulement espérance qu'elle le deviendrait. Pothier développe cette idée en disant : « Le droit de la femme sur les biens de la communauté n'est, pendant qu'elle dure, qu'un droit informe, puisque non-seulement elle ne peut seule et d'elle-même disposer en rien de la part qu'elle y a, mais que c'est son mari qui, en sa qualité de chef de la communauté, a seul, tant qu'elle dure, le droit de disposer, comme de sa propre chose, de tous les effets qui la composent, tant pour la part de la femme que pour la sienne. Le droit de la femme se réduit donc, tant que la communauté dure, à une *simple espérance* de partager les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution ; ce n'est que par cette dissolution que le droit de la femme est ouvert et qu'il devient un droit véritable et effectif de propriété pour moitié de tous les biens qui la composent (1). » Pothier dit cela dans le premier numéro de la rubrique intitulée : *Du droit de la femme sur les biens de la communauté*. Quel est ce droit? Le rapporteur du Tribunat répond « qu'elle n'en a pas tant que la communauté existe, ni dans l'administration ni dans la disposition des biens qui la composent (2). »

Le texte du code est en harmonie avec la tradition. Aux termes de l'article 1421, le mari administre *seul* les biens de la communauté ; la femme n'y concourt donc pas. N'ayant pas le droit de consentir, elle n'a point le droit de former opposition aux actes que le mari fait. Il en est de même des aliénations : le mari peut disposer à titre onéreux des biens de la communauté sans le concours de la femme. Le mari est seigneur et maître, il use et il abuse.

(1) Pothier. *De la communauté*, n° 497.
(2) Duveyrier, *Rapport*, n° 18 (Locré, t. VI, p. 418).

La femme n'a d'autre moyen d'empêcher la mauvaise gestion du mari que d'y mettre fin en demandant la dissolution de la communauté. Elle n'a pas même droit à une indemnité lorsque le mari a dissipé les biens; c'est un droit pour le mari que de perdre les biens communs : il n'est pas responsable de sa gestion, ni de ses abus de pouvoir; il a le droit d'abuser, puisqu'il est seigneur et maître (1).

61. La femme a-t-elle au moins le droit d'agir quand le mari est dans l'impossibilité de le faire? En règle générale, non. Le mari est interdit : qui administrera la communauté? Le tuteur; donc la femme, si elle est tutrice et en cette qualité; si elle n'est pas tutrice, elle est sans droit aucun. Quand il s'agit de marier un enfant commun, rien ne paraît plus naturel que de transporter à la femme le droit de le doter, puisque l'obligation de doter est commune aux deux époux en tant qu'elle constitue une dette naturelle. Néanmoins le code dit que la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront réglés par un avis du conseil de famille homologué par le tribunal (art. 511). Si le mari est absent, dans le sens légal du mot, l'administration de la communauté ne passe point à la femme, malgré la probabilité de mort. Nous avons exposé, au titre de l'*Absence*, les mesures que le législateur a prescrites pour concilier les droits de l'absent avec ceux de la femme (2).

62. Toutefois la femme n'est pas absolument sans droit, comme Duveyrier semble le dire. En cas d'absence, la femme peut engager les biens de la communauté pour l'établissement de ses enfants, après y avoir été autorisée par justice. Si elle peut obliger la communauté, c'est qu'elle est associée, donc copropriétaire. Elle oblige encore la communauté quand elle agit avec autorisation maritale. Ce n'est pas le mari qui l'oblige, car il ne parle pas au contrat, il n'y intervient que pour autoriser la femme incapable; donc c'est la femme, partant elle est as-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 470.
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 154, n° 861

sociée et propriétaire. La femme joue encore un grand rôle, sous notre régime, comme mandataire du mari : elle oblige le mari et, par suite, la communauté. Voilà pourquoi Pothier traite du droit de la femme sur les biens de la communauté, et nous devons le faire comme lui.

§ Ier. *Des dettes contractées par la femme sans autorisation.*

63. L'article 1426 porte que « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté. » Pourquoi la femme n'a-t-elle pas le droit d'obliger la communauté? Il est de principe que celui qui oblige sa personne oblige ses biens (art. 2092; loi hyp., art. 7 et 8). Si la femme n'oblige pas les biens de la communauté, c'est qu'ils ne sont pas dans son domaine; ils appartiennent au mari, qui *seul* a le droit de les administrer et d'en disposer. Cela paraît en contradiction avec ce que nous venons de dire (n° 62); mais, en cette matière, il n'y a point de vérité absolue, et quand les interprètes disent, les uns que la femme est associée, les autres qu'elle ne l'est pas, il faut entendre ces propositions avec une réserve. La femme est associée, mais sans droit actuel, sauf dans les rares cas où la loi lui permet d'engager la communauté. Régulièrement la femme, en s'obligeant, n'oblige pas la communauté, alors même qu'elle contracte avec autorisation de justice. La justice n'intervient que pour couvrir l'incapacité de la femme; la femme autorisée devient capable de s'obliger, mais elle ne peut obliger que son patrimoine, c'est-à-dire la nue propriété de ses propres; quant à la jouissance, elle appartient au mari comme chef de la communauté; et la justice ne peut pas autoriser la femme à s'obliger, avec cet effet qu'elle engage les biens de la communauté; le mari seul a le droit d'en disposer soit directement soit indirectement.

64. En principe, la femme n'a le droit d'obliger la communauté qu'avec le consentement du mari. Nous en avons

donné la raison ailleurs (t. XXI, n° 429). Donc dès que la femme s'oblige sans consentement du mari, la communauté n'est pas tenue de ses engagements. Or, il y a des obligations qui, par leur nature, sont contractées sans le consentement du mari. Tels sont les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits ; tous ces engagements se forment sans convention, c'est-à-dire sans qu'il y ait un concours de consentement. Quand la femme est obligée en vertu du quasi-contrat de gestion d'affaires, elle l'est en vertu de la loi, sans y avoir consenti ; à plus forte raison, le mari n'est-il pas appelé à consentir ni à refuser son consentement ; dès lors la communauté ne saurait être obligée.

65. Quant aux délits criminels, l'article 1424 porte que les amendes encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels tant que dure la communauté. Pour les délits criminels, pas plus que pour les délits civils, il n'intervient un concours de consentement ; la femme, auteur du délit, le commet, à la vérité, volontairement ; en ce sens, elle est obligée par sa volonté ; mais le mari restant étranger au délit, il en résulte que la communauté ne saurait être obligée, puisqu'elle ne peut l'être que par le consentement du mari. La femme seule est tenue de toutes les conséquences de son délit, et elle en est tenue sur ses biens comme tout débiteur ; donc, comme le dit l'article 1424, sur la nue propriété de ses propres. C'est l'effet que produisent les obligations de la femme quand le mari ne consent pas.

L'article 1424 ne parle pas des réparations civiles. Le même principe doit recevoir son application à toutes les conséquences du délit ; si les amendes peuvent être poursuivies sur les biens de la femme, il en doit être de même des réparations civiles. Dans l'opinion que nous avons professée sur le sens de l'article 1424, cela n'est pas douteux, puisque nous le considérons comme une application d'un principe général. Ceux, au contraire, qui soutiennent qu'il consacre une exception, qu'il est restrictif, devraient, pour être conséquents, admettre qu'il est restrictif en ce qui concerne la femme, aussi bien qu'à l'égard du mari,

car les termes ne diffèrent point (1). Mais l'interprétation restrictive conduirait à une conséquence absurde, c'est que la partie lésée par le délit n'aurait aucune action sur les biens de la femme pendant la durée de la communauté. Il faut donc forcément reconnaître que l'article 1424 doit être interprété par les principes généraux de droit.

66. On suppose que le mari autorise sa femme à défendre à l'action publique ou à l'action civile dirigée contre elle. Cette autorisation aura-t-elle pour effet de donner action au créancier contre le mari, c'est-à-dire contre la communauté? La question nous paraît étrange. Quant à l'action publique, la femme n'a pas besoin d'être autorisée, donc l'autorisation qui lui serait donnée ne saurait avoir aucun effet. Si la femme est seulement poursuivie au civil par la partie lésée, elle doit être autorisée pour plaider. On dit que cette autorisation oblige le mari et la communauté. Nous reviendrons plus loin sur la question de principe, celle de savoir si l'article 1419 s'applique aux condamnations judiciaires prononcées contre la femme qui a plaidé avec autorisation maritale. La question du délit criminel est spéciale, puisqu'une disposition formelle déclare que le créancier n'a pas d'action contre la communauté. Cependant on enseigne que l'autorisation du mari a pour effet de l'obliger lui et la communauté; pourquoi? Parce que le fait d'autoriser la femme à se défendre implique l'idée que la communauté a tiré un profit du délit, profit que le mari veut conserver en autorisant sa femme à ester en justice. Supposons que le mari ait une idée pareille; il n'aurait qu'à laisser plaider la femme avec autorisation du juge, ce qui ne l'exposerait pas aux mauvaises chances du procès. Mais nous ne comprenons pas que l'on présume que le mari entende prendre sur lui ces mauvaises chances, et il le voudrait qu'il ne le pourrait pas. Peut-il obliger la communauté pour un délit de la femme, alors que la loi dit que la communauté ne sera pas obligée? On ajoute : toutefois la *présomption* n'est pas *absolue*, le mari pourra la détruire par la preuve contraire,

(1) Voyez, plus haut, n° 59.

auquel cas, tout en restant tenu à l'égard du créancier, il aurait droit à une récompense contre sa femme (1). Ainsi on commence par imaginer une présomption que la loi ignore, puis on veut bien reconnaître que cette prétendue présomption n'est pas absolue et permettre au mari de faire la preuve contraire. Est-ce l'interprète qui parle ou est-ce le législateur? C'est l'interprète qui se fait législateur; car la loi seule peut créer des présomptions, en admettant ou en refusant la preuve contraire. Si nous signalons ces erreurs, c'est comme excuse de ce que nous écrivons tant de volumes pour établir les principes; on voit que les principes les plus élémentaires sont méconnus par les meilleurs auteurs.

67. Au titre des *Obligations*, nous avons dit que le mari est, dans certains cas, civilement responsable des délits commis par sa femme (t. XX, n° 601). C'est une responsabilité tout à fait exceptionnelle qui, par ce motif, ne peut être étendue hors des limites dans lesquelles les lois spéciales l'établissent. Il y a des tribunaux de paix qui ont condamné le mari comme civilement responsable de toute espèce de délits commis par la femme, en assimilant la femme à un enfant mineur. L'erreur est évidente; l'une de ces décisions, déférée à la cour suprême dans l'intérêt de la loi, a été cassée (2).

Quand le mari est civilement responsable, la dette devient une dette de communauté, en vertu du principe général que toute dette du mari est dette de la communauté. Il en serait de même si le mari était coauteur ou complice du délit ou du fait dommageable. La cour de cassation a appliqué ce principe à l'espèce suivante. Une personne décède laissant un testament en faveur de son neveu. Quelques mois avant sa mort, la femme du légataire s'était transportée auprès du malade pour le soigner. Après sa mort, on trouva sur lui un papier que ladite femme dé-

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 75, n° 783, d'après Zachariæ, Massé et Vergé. et Troplong.

(2) Cassation, section criminelle, 18 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 987). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n°s 987, 989-991.

chira. Une nièce du défunt prétendit que l'écrit déchiré contenait une révocation du testament et réclama, de ce chef, des dommages et intérêts contre le légataire et sa femme. Le mari déclara qu'il n'avait point autorisé sa femme à lacérer l'écrit et qu'il ignorait même le fait. Néanmoins la cour de Rouen condamna les deux époux solidairement à payer à la demanderesse, à titre de dommages-intérêts, une rente viagère de 1,500 francs. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. Les deux décisions nous paraissent très-mal motivées quant à la responsabilité du mari. Il n'était pas établi qu'il fût complice de la lacération. Le seul motif que donne la cour, c'est que la femme avait été préposée, du consentement de son mari, dans la maison du défunt, et qu'elle avait agi dans l'intérêt de son mari, légataire universel (1). C'était faire une fausse application de l'article 1384 : la femme chargée de soigner le malade n'était pas la préposée de son mari, elle était la préposée de celui qui l'avait chargée de ces soins, donc du malade. Quant à l'intérêt du légataire, il ne suffisait certes pas pour le rendre responsable.

68. Nous disons que l'intérêt du mari ne suffit pas pour le rendre responsable d'un délit de sa femme. Autre est la question de savoir si la communauté est tenue quand elle profite d'une obligation contractée par la femme, quoique non autorisée. Pothier pose comme principe que lorsque la femme s'oblige avec autorisation de justice, au refus du mari, la communauté est tenue jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de l'affaire. Il donne comme exemple la poursuite de droits successifs faite par la femme avec autorisation de justice; si le mari recueille les biens, la communauté sera tenue jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité. La coutume d'Orléans en contenait une disposition expresse : « Toutefois le mari sera tenu de rapporter ce qu'il aura pris et reçu à cause desdits droits et actions poursuivis par sadite femme (2). » Cette doctrine a été consacrée implicitement par le code civil (art. 1416);

(1) Rejet, 27 février 1827 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 992).
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 255.

elle est fondée sur la considération d'équité qui ne permet pas de s'avantager aux dépens d'autrui. C'est ce que les interprètes appellent l'action *de in rem verso;* nous en avons traité au titre des *Quasi-contrats* et nous y reviendrons au titre de la *Société;* il est de principe, comme nous le dirons, que la société est tenue des obligations que l'un des associés a contractées sans mandat lorsque l'obligation a tourné à son profit. Ce qui est vrai de la société ordinaire l'est aussi de la communauté.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Une succession mobilière échoit à une femme mariée. La succession s'étant ouverte dans un lieu assez éloigné du domicile des époux, la femme y envoya, de son chef, un homme d'affaires chargé de veiller à ce que les biens ne fussent pas dilapidés. Lors de la liquidation de la communauté, la femme demanda que l'on portât au passif les 300 francs réclamés par le mandataire. Cela fut contesté, la femme ayant agi sans autorisation. La cour d'appel et la cour de cassation décidèrent que la communauté était tenue de ces frais, puisqu'elle en avait profité (1).

Si la communauté ne profite pas des dettes que la femme a contractées sans autorisation du mari, elle n'en est pas tenue. Ainsi il est de doctrine et de jurisprudence que la communauté n'est pas tenue lorsque la femme transmet, par la voie de l'endossement, sans autorisation de son mari, un billet à ordre appartenant à la communauté ; la femme n'a pas le droit d'obliger la communauté (2).

§ II. *Des dettes contractées par la femme autorisée du mari.*

N° 1. LE PRINCIPE.

69. Les dettes contractées par la femme du consentement du mari tombent dans le passif de la communauté

(1) Cassation, 3 février 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 616).

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 72, n° 779. Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 985.

(art. 1409, 2°). De là suit que les créanciers peuvent poursuivre le payement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, d'abord sur les biens de la femme, puis sur ceux de la communauté, enfin sur ceux du mari (art. 1419).

Qu'est-ce que l'autorisation maritale et comment se donne-t-elle? Nous avons traité cette matière au premier livre, où en est le siége. Il faut appliquer à la communauté les principes généraux, puisque la loi n'y déroge pas. L'article 1426 a cependant l'air d'y déroger en ce qui concerne la femme marchande publique. Après avoir dit que les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point la communauté, la loi ajoute : « Si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce. » Cela semble dire que la femme, marchande publique, oblige la communauté sans autorisation du mari. La loi s'exprime mal ; la même inexactitude se trouve dans l'article 220, qui dit en termes encore plus formels : « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et, audit cas, elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux. » De sorte que le mari serait obligé et, par suite, la communauté serait tenue sans le consentement du mari. Il est évident que tel ne peut pas être le sens de la loi. Ce qui est vrai, c'est que la femme marchande publique n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour s'obliger et obliger la communauté, l'autorisation générale que le mari lui donne pour qu'elle puisse faire le commerce étant considérée par la loi comme suffisante. Nous renvoyons à ce qui a été dit au premier livre.

70. En quel sens la femme autorisée oblige-t-elle son mari? Est-il débiteur personnel? En principe, celui qui autorise ne s'oblige pas ; donc le mari qui autorise sa femme n'est pas débiteur personnel : ce n'est pas lui qui parle au contrat, c'est sa femme qui promet, c'est donc elle qui est débitrice. Dira-t-on qu'il y a exception au principe quand les époux sont communs en biens? Il y a effec-

tivement une exception, mais il faut voir quelle en est la signification et la portée. Puisque l'exception concerne la communauté, c'est au titre du *Contrat de mariage* qu'il en faut chercher l'explication. L'article 1409, n° 2, dit que la communauté se compose passivement des dettes *contractées par la femme* du consentement du mari. C'est la femme qui contracte, c'est elle qui est débitrice, seulement la dette étant contractée avec autorisation maritale, la loi la fait tomber dans le passif de la communauté. L'article 1409 ne dit pas que le mari soit débiteur ; il distingue, au contraire, les dettes que le mari contracte de celles que la femme contracte du consentement du mari. Vient ensuite l'article 1419, qui permet aux créanciers de poursuivre le payement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme. Pourquoi les créanciers ont-ils action sur les biens du mari, quoique le mari n'ait point parlé au contrat? C'est une conséquence du principe établi par l'article 1409 : la dette de la femme autorisée entre dans le passif de la communauté; or, toute dette de communauté peut être poursuivie sur les biens du mari, puisque les biens du mari et les biens communs ne forment qu'un seul et même patrimoine pour tout ce qui concerne les actes à titre onéreux ; le créancier qui a action sur le patrimoine de la communauté a donc nécessairement action sur le patrimoine du mari, de même que le créancier qui a action sur les biens du mari a action sur les biens de la communauté. C'est en ce sens que l'on dit que toute dette de communauté est une dette du mari et que toute dette du mari est dette de communauté. En définitive, si le mari peut être poursuivi sur ses biens personnels quand il autorise sa femme à contracter, ce n'est pas parce qu'il est débiteur personnel : il est impossible que l'on soit débiteur personnel sans que l'on ait parlé au contrat ; or, le mari qui consent à ce que sa femme s'oblige ne s'oblige pas, donc il n'est pas débiteur personnel. Il est tenu sur ses biens, parce que ses biens se confondent avec ceux de la communauté et que la communauté est tenue des dettes que la femme a contractées avec son consente-

ment. Mais la confusion des deux patrimoines cesse à la dissolution de la communauté; dès lors le mari cesse d'être tenu sur ses biens des dettes que la femme a contractées avec son autorisation, en ce sens qu'il n'en est tenu que comme époux commun en biens, c'est-à-dire pour moitié. Il n'est pas tenu comme débiteur personnel, car il ne l'a jamais été. Nous reviendrons sur ce point, qui est très-controversé (1).

71. La question se présente aussi pendant la durée de la communauté, en cas de faillite de la femme. On suppose qu'elle obtient un concordat qui lui fait remise de la moitié des dettes. Les créanciers peuvent-ils poursuivre la communauté et le mari pour l'autre moitié qui leur reste due? Dans notre opinion, les créanciers n'ont d'action personnelle que contre la femme; quant au mari, il est tenu de la dette de la femme sur les biens communs et sur ses biens personnels, mais il ne peut être tenu au delà de ce que doit la femme; lors donc que la femme est libérée, le mari cesse d'être tenu; or, la femme est libérée par le concordat. La cour de Paris a jugé que le mari restait tenu à l'égard des créanciers; elle part du principe que le mari est tenu personnellement des dettes que la femme contracte comme marchande publique (2). Si l'on admet le principe, la conséquence est évidente. Mais la conséquence ne témoigne-t-elle pas contre le principe? La femme a seule parlé au contrat, elle seule a promis, elle est libérée par le concordat; et le mari, qui n'est tenu qu'à raison de l'engagement de la femme sans avoir parlé au contrat, serait tenu indéfiniment! Le mari ne s'est pas obligé personnellement, il n'est tenu que parce que la femme est tenue; dès que celle-ci ne peut plus être poursuivie, on ne conçoit pas que le mari reste obligé.

72. La question inverse s'est présentée. Le mari tombe en faillite et obtient un concordat qui lui fait une remise de 80 pour cent. Il est certain que les créanciers conser-

(1) L'opinon contraire est généralement enseignée. Demolombe dit qu'il n'est pas douteux que le mari ne soit personnellement obligé (t. IV, p. 408, n° 310).

(2) Paris, 19 février 1845 (Dalloz, 1845, 4, 89).

vent leur action entière contre la femme si celle-ci est leur débitrice personnelle; elle ne peut se prévaloir d'une remise qui ne lui a pas été accordée. Cette action personnelle des créanciers contre la femme réagira-t-elle contre le mari comme chef de la communauté? La jurisprudence est divisée. Nous croyons, avec la cour de Paris, que la remise faite au mari libère nécessairement la communauté. Le mari n'est tenu que sur ses biens; libérer le mari, c'est libérer ses biens; or, ses biens comprennent non-seulement son patrimoine personnel, mais aussi le patrimoine de la communauté; donc les créanciers ne peuvent plus agir sur les biens de la communauté. On ne conçoit pas même la possibilité de cette action : les biens du mari et les biens communs ne forment qu'un seul et même patrimoine; ceux qui ont action sur les uns ont action sur les autres, mais aussi s'ils n'ont plus d'action sur les biens du mari, ils ne peuvent avoir d'action sur les biens de la communauté, puisque les biens de la communauté sont biens du mari (1). La cour de Lyon s'est prononcée pour l'opinion contraire; elle suppose que la communauté forme un être moral distinct des deux époux. Dans cette opinion, on conçoit que le mari soit libéré et que la communauté ne le soit pas. Nous avons rejeté le principe, nous rejetons la conséquence; et la conséquence témoigne contre le principe. Si la communauté est un être fictif distinct du mari et de la femme, les dettes du mari ne devraient pas devenir les dettes de cet être moral, de même que les dettes de la communauté ne devraient pas être celles du mari. La confusion des dettes, alors qu'il y aurait des personnes distinctes qui en seraient tenues, serait une étrange anomalie : la loi ignore cette anomalie. Quand on s'en tient au texte du code, toute difficulté disparaît : il n'y a qu'un seul patrimoine grevé des dettes du mari et des dettes de la communauté; le créancier qui n'a plus d'action sur une fraction du patrimoine ne peut pas avoir d'action contre l'autre (2).

(1) Paris, 24 janvier 1855 (Dalloz, 1856, 2, 110).
(2) Lyon, 23 juillet 1858 (Sirey, 1859, 2, 615). En sens contraire, Rodière et Pont, t. II, p. 80, n° 787, et Aubry et Rau, t. V, p. 338, note 42.

73. Le principe que les dettes contractées par la femme avec autorisation maritale obligent le mari ne reçoit d'application qu'à la communauté, il ne s'applique pas aux autres régimes. Ce point est cependant controversé; nous y reviendrons en traitant des divers régimes. Pour le moment, il nous suffit d'établir le principe, ce qui est très-facile. La règle est que celui qui autorise ne s'oblige point. Cette règle reçoit exception quand les époux sont communs en biens (art. 220, 1409, 1419, 1426); l'exception se fonde sur la confusion des biens de la communauté avec les biens personnels du mari. On ne la conçoit plus lorsqu'il n'y a pas de communauté. En droit, il faut dire que l'on rentre dans la règle dès que l'on n'est plus dans les termes de l'exception; et la règle est que celui qui autorise ne s'oblige pas. Cela est aussi fondé en raison : comment le mari serait-il tenu d'une dette qu'il n'a point contractée?

N° 2. LES EXCEPTIONS.

74. Quand la femme accepte une succession immobilière du consentement de son mari, elle s'oblige au payement des dettes avec autorisation maritale; elle devrait donc obliger la communauté, en ce sens que les créanciers devraient avoir le droit de poursuivre leur payement sur les biens communs en vertu de la règle établie par les articles 1409 et 1419. L'article 1413 déroge à la règle en donnant seulement action aux créanciers sur les biens personnels de la femme. Nous avons dit ailleurs quel est le fondement de cette exception. La succession étant purement immobilière, les dettes contractées par le défunt passent avec ses biens à la femme héritière : biens et dettes sont étrangers à la communauté. Si le mari intervient en autorisant sa femme, ce n'est pas pour s'obliger envers les créanciers, il ne s'oblige jamais en autorisant sa femme. Il n'y avait donc aucun motif pour obliger la communauté (t. XXI, n° 453).

75. On admet généralement que l'article 1432 contient une seconde exception. Il porte : « Le mari qui garantit

solidairement ou autrement la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel, a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété. » En quel sens cette disposition déroge-t-elle à la règle des articles 1409 et 1419? La règle donne au créancier action contre la communauté; elle décide donc une question d'obligation. L'article 1432 ne parle pas de l'obligation de la communauté; il donne au mari un recours, une récompense, c'est-à-dire qu'il décide une question de contribution. Ainsi les deux articles ont un objet différent, dès lors on comprend difficilement que l'un déroge à l'autre.

Voici comment on raisonne pour arriver à une dérogation. La femme vend un immeuble personnel; elle est tenue à la garantie. Le mari concourt à la vente pour autoriser sa femme. Sera-t-il tenu des obligations de la femme, c'est-à-dire de la garantie? Non, il ne sera tenu que s'il promet la garantie : c'est dire que s'il autorise simplement sa femme, il ne sera tenu à rien. C'est, à notre avis, très-mal raisonner. On fait dire à la loi ce qu'elle ne dit point : la loi dit que le mari qui garantit a droit à une récompense, et on lui fait dire que le mari n'est *tenu* de la garantie que s'il l'a promise. C'est confondre deux ordres d'idées, la question de savoir si le mari et la communauté sont *tenus* de la garantie, et la question de savoir s'ils ont un *recours* dans le cas où ils sont inquiétés. De ce que la loi dit que le mari a un recours en cas de garantie suit, il est vrai, que la communauté est tenue, ce qui est évident; mais de là ne suit pas que la communauté n'est tenue que si le mari garantit, et qu'elle n'est pas tenue si le mari se borne à autoriser. La conséquence que l'on tire de la loi est forcée, c'est un raisonnement *a contrario* de la pire espèce, puisqu'on se prévaut du silence de la loi, alors que la loi a un objet tout différent de celui dont il s'agit.

On dira que, dans notre opinion, on n'explique pas pourquoi la loi parle de la garantie; car si la communauté est tenue par l'autorisation, à plus forte raison l'est-elle par la garantie. En effet, la disposition est inutile : la femme

qui vend s'oblige à la garantie; le mari, en l'autorisant à vendre, est tenu de cette obligation sur les biens de la communauté et sur ses biens personnels; et il a une récompense, puisque l'obligation concerne un bien personnel de la femme. Les principes généraux suffisaient donc pour décider la question dans le sens que nous donnons à l'article 1432. Mais qu'importe? Il y a bien des dispositions dans le code qui ne font qu'appliquer un principe et qui, en ce sens, sont inutiles : est-ce une raison pour leur faire dire autre chose que ce qu'elles disent? L'article 1432 contient une expression qui se concilie parfaitement avec notre interprétation; il porte que le mari qui garantit solidairement *ou autrement* la vente a un recours. Que signifient ces mots *ou autrement?* Ils s'appliquent à tous les cas où le mari est tenu de l'obligation de garantir; or, d'après le droit commun, il en est tenu lorsqu'il autorise sa femme à vendre. Donc le cas que l'on suppose exclu est compris dans le texte.

Enfin, il n'est pas exact de dire, comme on le fait, que la prétendue exception de l'article 1432 a le même fondement que celle de l'article 1413, c'est-à-dire que la nature même de l'affaire prouve qu'elle est étrangère à la communauté; partant, dit-on, la présomption sur laquelle est fondée la règle de l'article 1419 fait défaut : on ne peut pas présumer que le mari autorise la femme à vendre dans l'intérêt de la communauté et du mari, puisqu'il s'agit de la vente d'un propre de la femme et que le prix lui restera également propre. Nous répondons que les faits donnent un démenti à ce raisonnement. Quand la femme vend-elle ses propres? Le plus souvent dans l'intérêt du mari, et partant de la communauté; puisque la vente se fait au profit de la communauté, il est juste que la communauté soit tenue des obligations qui en résultent (1).

Quel est, dans l'opinion générale, l'effet de l'autorisation que le mari donne à sa femme d'aliéner, sans qu'il s'oblige à la garantie? On applique par analogie la dis-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 110, n° 41 *bis* XXIII. Bellot des Minières, t. I, p. 510. En sens contraire, Rodière et Pont, t. II, p. 77, n° 785, et les autorités qu'ils citent.

position de l'article 1413 : l'acheteur n'aura pas action contre la communauté, mais il pourra poursuivre ses dommages-intérêts sur la toute propriété des biens de la femme (1). Ainsi on applique par analogie une disposition exceptionnelle et même arbitraire, car si le mari n'est pas obligé par son autorisation, le créancier ne devrait pas avoir action sur l'usufruit des biens de la femme, cet usufruit faisant partie de la communauté, c'est-à-dire des biens du mari. Si la loi donne action aux créanciers sur l'usufruit dans le cas de l'article 1413, c'est parce qu'elle présume que telle est l'intention du mari ; il n'appartient pas à l'interprète d'étendre des présomptions. La conséquence témoigne encore une fois contre la doctrine d'où elle découle.

76. Dans notre opinion, le principe de l'article 1419 ne reçoit qu'une exception, celle que le législateur consacre dans l'article 1432. En admettant qu'il y en ait une seconde dans le cas de l'article 1413, naît la question de savoir si l'interprète peut en admettre d'autres en procédant toujours par voie d'analogie. Rodière et Pont répondent que ce serait faire la loi et non l'interpréter (2). C'est la réponse que nous avons faite bien souvent quand les interprètes invoquent des raisons d'analogie pour étendre des présomptions ou des dispositions exceptionnelles. Or, dans l'espèce, il s'agit d'une exception à un principe fondamental du régime de communauté. Troplong l'avoue ; mais toute règle, dit-il, a ses exceptions. Sans doute, mais qui a le droit d'établir ces exceptions? Le législateur seul. Troplong semble l'avouer encore : quand la communauté ne retire aucun intérêt de l'acte autorisé, dit-il, *la loi a dû veiller* à ce qu'on abolît, dans les cas particuliers, le principe de l'article 1419. *La loi a dû veiller!* Donc il faut une loi. Et cependant dans le même numéro et presque dans la même phrase où Troplong dit que la *loi* devait admettre des exceptions, il en admet une que la loi ignore (3)! Nous y reviendrons.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 338, § 509.
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 78, n° 786.
(3) Troplong, t. II, p. 268, n° 846.

Duranton parle au moins plus juridiquement. L'article 1419, dit-il, est fondé sur la présomption que la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté; mais lorsque cette présomption ne peut recevoir d'application, parce que l'affaire concerne uniquement l'intérêt de la femme, la raison pour laquelle la communauté est obligée cesse et, la raison de la loi cessant, la loi doit aussi cesser de produire son effet (1), Colmet de Santerre a très-bien répondu à cette argumentation. L'article 1419 de même que l'article 1409, qui établissent la règle que la femme autorisée du mari oblige la communauté, ajoutent: sauf la récompense due à la communauté; ils supposent donc que la communauté est obligée, quoique la dette ait été contractée dans l'intérêt personnel de la femme; car c'est dans ce cas qu'il y a lieu à récompense (art. 1437). Donc, quoiqu'une dette soit contractée dans l'intérêt de la femme, on reste néanmoins dans la règle. Quand en sort-on? Il n'y a d'exception que dans les cas où la loi juge à propos d'en faire. Cette interprétation, fondée sur le texte et les principes, est aussi fondée en raison. Comme nous venons de le dire au sujet de l'article 1413, l'intérêt de la communauté et celui du mari se lient d'ordinaire à l'intérêt de la femme; la loi ne pouvait donc pas poser en principe que l'obligation contractée par la femme autorisée du mari ne tombe pas à charge de la communauté lorsqu'elle concerne une affaire de la femme, car l'affaire peut en même temps intéresser le mari et la communauté. Il en serait résulté un grand danger pour les tiers : ils n'auraient jamais su d'une manière certaine, en contractant avec la femme autorisée, s'ils ont pour débiteur la femme seule, ou s'ils ont aussi une action contre le mari et la communauté. Le système de la loi, telle que nous l'interprétons, prévient ces incertitudes et ces dangers. Il y a une règle générale et presque absolue, puisqu'elle ne souffre qu'une ou deux exceptions; hors les cas de l'article 1413 et de l'article 1432 (dans l'opinion générale), on rentre dans la règle : le créancier aura toujours action

(1) Duranton, t. XIV, p. 348, n° 248.

contre la communauté, sauf récompense s'il y a lieu (1).

77. La mère dote un enfant avec autorisation du père. Cette dette entre-t-elle en communauté, en ce sens que l'enfant a action contre la communauté et contre le père? Dans notre opinion, l'article 1419 est applicable, par la raison décisive que la loi ne fait aucune exception pour la dot. Il y a un arrêt en ce sens. Le tribunal de première instance avait jugé que le principe établi par les articles 1409 et 1419 n'était pas applicable à la dot, parce que cet acte ne peut être pour le mari l'occasion de bénéfices frauduleux. C'était confondre toutes choses : la question de savoir si l'acte est fait en fraude de la femme et la question de récompense, la question de récompense et la question d'obligation. La décision a été réformée en appel : la cour de Rouen se borne à dire que l'article 1419 forme le droit commun, et le droit commun doit recevoir son application dans tous les cas où il n'y est point dérogé par la loi ou par les conventions des parties. Cela est décisif (2).

Troplong professe l'opinion contraire. Il aime à se prévaloir de l'ancien droit ; la tradition a, en effet, une grande autorité, pourvu qu'elle soit constante et qu'on l'interprète avec intelligence ; sinon, l'on peut y trouver à peu près tout ce que l'on veut, comme dans les travaux préparatoires. Dans l'espèce, Troplong invoque l'opinion de Lebrun et de Pothier. Or, il se trouve, disent MM. Aubry et Rau, que l'éminent magistrat a mal compris les passages qu'il cite. Il s'agit de savoir si la communauté est tenue à l'égard de l'enfant, tandis que Lebrun et Pothier demandent si le mari a droit à une récompense ; or, demander si la communauté a une récompense, c'est supposer qu'elle est obligée de payer. Nous nous bornons à rapporter les paroles de Pothier, parce que le passage est court et clair. La mère dote son enfant ; elle parle seule au contrat, le père n'intervient que pour autoriser sa femme. On ne peut pas dire, dans ce cas, que le mari ait doté, c'est

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 111, nº 41 *bis* XXV.
(2) Rouen, 27 mai 1854 (Dalloz, 1854, 2, 248).

la femme seule qui est débitrice de la dot. Voilà les paroles qui ont trompé Troplong. Elles sont très-juridiques; le mari qui ne fait qu'autoriser n'est pas débiteur. Autre est la question de savoir si l'enfant a action contre la communauté. Pothier ajoute que ce que la femme a tiré de la communauté pour la dot doit lui être précompté sur sa part en la communauté et, en cas de renonciation, sur ses propres (1). Question de contribution. Pour qu'elle puisse s'élever, il faut que la communauté ait payé la dot, ce qui implique que l'enfant a action contre la communauté.

78. Une femme accepte, du consentement de son mari, une donation immobilière avec une charge. La communauté est-elle tenue de cette charge? Il est certain que la charge doit être supportée par la femme, puisqu'elle seule profite de la donation; mais autre est la question de savoir si la communauté est obligée de l'acquitter. L'affirmative est certaine, puisque aucune loi ne fait exception à la règle de l'article 1419. Il est vrai que, s'il s'agit d'une donation universelle, la femme donataire peut seule être poursuivie pour les dettes qui la grèvent (art. 1418 et 1413). Mais l'exception que la loi consacre quant aux dettes ne peut être étendue aux charges; donc on reste sous l'empire de la règle de l'article 1419. Il y a un arrêt de cassation en ce sens (2). Dans l'espèce, on pouvait dire qu'il était évident que la charge ne concernait que la femme; on peut dire encore que l'analogie entre les charges et les dettes est certaine; mais ces motifs ne l'emportent pas sur une règle absolue qui ne comporte d'autres exceptions que celles que la loi y apporte.

79. Les auteurs discutent la question de savoir si l'exécution testamentaire acceptée par la femme avec autorisation du mari est soumise à la règle de l'article 1419, ou si l'on doit appliquer par analogie l'exception de l'article 1413. Dans notre opinion, il suffit de poser la question pour la

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 659. Aubry et Rau, t. V, p. 339, note 46, § 509. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 362, nos 1229-1231.
(2) Cassation, 24 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 29), sur le rapport de Renouard et sous la présidence de Troplong.

résoudre. Tel n'est pas l'avis de Duranton; il limite le texte de l'article 1419 par l'esprit de la loi. La loi, dit-il, a voulu prévenir les fraudes que le mari aurait pu facilement commettre au préjudice des tiers, en mettant sa femme en avant pour emprunter ou acheter, ou pour faire d'autres contrats analogues, dont il aurait retiré tous les avantages sans se soumettre aux obligations qui en devaient résulter. Or, tout cela ne se peut supposer dans une exécution testamentaire confiée à la femme par le choix d'un testateur et qui ne doit jamais profiter au mari (1). Cela est très-vrai; mais cela n'empêche pas qu'il y ait une règle absolue à laquelle l'interprète ne peut faire exception, et cette règle, en réservant la récompense à la communauté, implique même que la communauté est obligée, quoiqu'elle n'y ait aucun intérêt.

80. L'autorisation de plaider met-elle à la charge de la communauté le principal de la dette? Il faut supposer, pour qu'il y ait question, que la dette, par sa nature, n'entre pas en communauté : y entrera-t-elle si le mari autorise sa femme à plaider? La négative est si évidente que l'on ne conçoit point que Zachariæ s'y soit trompé. Ce n'est pas le jugement qui crée la dette, il ne fait qu'en reconnaître l'existence; la dette reste ce qu'elle était avant le jugement, avec toutes ses conséquences; elle entrera ou n'entrera pas en communauté, d'après le droit commun. Mais le fait que la femme este en justice donne lieu à une obligation nouvelle qui est étrangère à la dette, celle de payer les dépens, ainsi que les dommages-intérêts causés par le procès. En autorisant sa femme à plaider, le mari l'autorise à contracter cette nouvelle dette et, par conséquent, il faut appliquer la règle de l'article 1419. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

(1) Duranton, t. IX, p. 378, n° 394. En sens contraire, Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4041.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 339 et notes 47 et 48, § 509. Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 998.

§ III. *Des dettes contractées par la femme avec autorisation de justice.*

N° 1. LE PRINCIPE.

81. Quand la justice autorise la femme à contracter, c'est ou sur le refus du mari, ou dans les cas où le mari ne peut pas donner l'autorisation. Dans les deux hypothèses, l'autorisation judiciaire a pour objet de couvrir l'incapacité de la femme, en la rendant habile à contracter. L'obligation que la femme consent reste donc sous l'empire du droit commun : elle oblige sa personne et elle oblige ses biens. Quels sont ces biens? Sous le régime de communauté, la femme n'a d'autres biens que la nue propriété de ses propres; elle est, à la vérité, copropriétaire des biens qui composent la communauté; mais cette copropriété ne lui donne pas la faculté d'en disposer, puisque le mari seul a le pouvoir d'aliéner les biens communs et de les obliger par les dettes qu'il contracte. De là la conséquence que l'autorisation de justice n'a aucun effet à l'égard de la communauté. Il y a donc une différence capitale entre l'autorisation du mari et l'autorisation de justice; l'une et l'autre habilitent la femme à contracter et, par suite, à obliger ses biens, mais le consentement du mari a de plus pour effet d'obliger la communauté; tandis que la justice ne peut pas autoriser la femme à obliger les biens communs, dont le mari est seigneur pendant la durée de la communauté. Cette différence entre l'autorisation du mari et celle de justice résulte des principes, et elle est écrite dans la loi. L'article 1419 prévoit le cas où la femme s'oblige avec le consentement du mari, et il décide que les créanciers peuvent poursuivre leur payement tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari et de la femme. L'article 1426 prévoit le cas où la femme s'oblige avec autorisation de justice, sans le consentement du mari; ces actes n'engagent point les biens de la communauté, par suite le mari n'est pas obligé; les créanciers n'ont donc d'action que sur les biens personnels de la

femme, c'est-à-dire sur la nue propriété de ses biens, comme le dit l'article 1410.

82. Ce principe s'applique à tous les actes que la femme fait avec autorisation de justice, donc aussi aux procès qu'elle suit avec autorisation judiciaire; les dépens et les dommages-intérêts ne peuvent être poursuivis que sur la nue propriété des propres de la femme, le créancier n'a aucune action contre la communauté. L'article 1426 parle en termes généraux des *actes* faits par la femme autorisée de justice, ce qui comprend les instances judiciaires. Il y a d'ailleurs même motif de décider. Cela est si évident, qu'il est inutile d'insister (1).

Il n'y a qu'un cas dans lequel la question pouvait paraître douteuse, c'est quand l'autorisation ne peut être accordée que par la justice : telles sont les demandes en divorce, en séparation de corps ou de biens. On pourrait dire que la justice remplace alors le mari et que son autorisation doit, par conséquent, produire le même effet. Toutefois il faut décider, et sans hésiter, que la justice ne peut jamais autoriser la femme à obliger les biens de la communauté dont le mari est maître et seigneur. Dira-t-on que c'est rendre ces actions impossibles si la femme n'a pas de biens personnels qui servent de gage aux officiers ministériels dont le concours lui est nécessaire pour plaider? La loi a prévu la difficulté en permettant à la femme de demander une provision (C. de proc., art. 878); si le jugement met les frais à charge de la femme, le mari n'est tenu de les payer que dans les limites de la provision accordée à la femme. C'est ce que la cour de cassation a décidé par un excellent arrêt.

La cour prend pour point de départ le principe établi par l'article 1426 : « Les actes faits par la femme, sans le consentement du mari et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent pas les biens de la communauté. » Cette règle est générale, elle s'applique aux actions judiciaires comme aux contrats, sans qu'il y ait lieu de dis-

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 115, nº 813. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1069.

tinguer entre les procès que la femme intente contre son mari et ceux qu'elle soutient contre des étrangers. Si la justice doit intervenir, c'est uniquement parce que la femme est incapable : l'autorisation du juge l'habilite à plaider comme à contracter, en obligeant ses biens; elle ne peut donc avoir aucun effet sur les biens de la communauté. On invoquait, dans l'espèce, le droit qui appartient à la femme d'agir contre son mari; la cour répond que la loi y pourvoit en permettant à la femme de demander une provision applicable aux frais du procès. L'arrêt ajoute que cette faculté, consacrée par le code de procédure, est déjà une exception à l'article 1426, puisque la femme oblige la communauté dans les limites de la provision que le juge lui accorde; comme toute exception, celle-ci doit être restreinte dans ses termes précis; ce serait l'étendre que d'en conclure que le mari soit obligé de payer les frais du procès, à quelque somme qu'ils puissent s'élever. Tout ce que la justice réclame, c'est que la femme puisse réclamer une provision supplémentaire dans le cours du procès, si la provision accordée au début de l'instance devient insuffisante. En dehors de la provision, qui est l'exception, on rentre dans la règle générale de l'article 1426 et, par suite, les officiers ministériels ne peuvent avoir aucune action pour leurs frais et avances contre la communauté (1).

N° 2. DES EXCEPTIONS.

83. La règle établie par l'article 1426 reçoit des exceptions; elles sont prévues par l'article 1427 qui est ainsi conçu : « La femme ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice. » Cette disposition est très-mal rédigée; il importe de le constater, afin que l'on ne prenne pas appui sur une mauvaise rédac-

(1) Cassation, 30 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 210). Il y a un arrêt dans le même sens rendu en faveur du mari sous le régime dotal : Cassation, 5 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 312).

tion pour en induire des conséquences qui seraient en opposition avec les principes généraux de droit. L'article 1427 semble poser une règle générale, ayant pour objet de déterminer les obligations que la femme peut contracter. En effet, il commence par dire : *la femme ne peut s'obliger*. La règle est conçue en termes restrictifs ; elle paraît donc dire que la femme ne peut s'obliger que sous la condition déterminée par l'article 1427, c'est-à-dire que la femme ne pourrait s'obliger *qu'après y avoir été autorisée par justice;* même, dit la loi, pour tirer son mari de prison, ou pour établir ses enfants en cas d'absence du mari. Ainsi, même dans les cas les plus favorables, la femme ne pourrait s'obliger sans autorisation de justice. L'article, ainsi entendu à la lettre, serait un non-sens, puisqu'il est élémentaire que la femme s'oblige régulièrement avec le consentement du mari ; le juge n'intervient que lorsque le mari ne veut ou ne peut autoriser sa femme. Donc il est impossible que l'article 1427 pose comme règle que la femme ne peut s'obliger qu'après y avoir été autorisée par justice. Si la loi le dit, c'est par erreur ; la rédaction de l'article 1427 est mauvaise, il faut donc rechercher ce que le législateur a voulu dire.

Ce que le législateur a voulu dire n'est pas douteux si l'on combine l'article 1427 avec l'article 1426 dont il est une suite. Que dit l'article 1426? Il dit en substance que la femme autorisée de justice n'oblige point la communauté ; il décide donc la question de savoir quel est l'effet des actes que la femme fait avec autorisation judiciaire en ce qui concerne la communauté. Que dit l'article 1427? Il décide que, dans les deux cas qu'il prévoit, la femme oblige la communauté si elle a été autorisée par justice. L'article 1427 est donc une exception à la règle consacrée par l'article 1426 (1).

84. On demande si la disposition de l'article 1427 est restrictive, ou s'il y a des cas, non prévus par cet article, dans lesquels l'autorisation de justice a pour effet d'obliger la communauté? La question est controversée. Si l'on

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 159, n° 70 *bis* I. Rejet, 8 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1080).

admet que l'article 1427 est une exception à l'article 1426, la solution n'est pas douteuse. Toute exception est de rigoureuse interprétation, donc aussi l'exception de l'article 1426. Et il est difficile de ne pas voir une exception dans l'article 1427 quand on le met en rapport avec l'article qui précède. Duveyrier, le rapporteur du Tribunat, le dit formellement. La femme ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari : telle est la règle. Voici l'exception : « A l'égard des biens de la communauté, *il n'y a que deux cas* où l'autorisation du juge puisse remplacer l'autorisation maritale : pour tirer son mari de prison et, si le mari est absent, pour établir les enfants communs (1).

L'opinion contraire est plus généralement admise. On invoque le texte de l'article 1427 : le mot même, dit-on, n'aurait pas de sens si l'énumération était limitative; le législateur aurait dû dire simplement que la femme ne peut obliger la communauté avec autorisation de justice que pour tirer son mari de prison et pour doter un enfant commun; en disant que, *même* dans ces deux cas, la femme doit être autorisée du juge, la loi dit implicitement que, dans des cas très-favorables, la femme autorisée de justice oblige la communauté; donc elle doit avoir ce droit dans des cas tout aussi favorables que ceux de l'article 1427 (2). S'appuyer sur une rédaction qui ne présente aucun sens, pour en induire des exceptions autres que celles que la loi prévoit, c'est une interprétation inadmissible. Il suffit que la disposition déroge au droit commun pour qu'on doive l'interpréter restrictivement; sinon on permettrait au juge d'admettre autant d'exceptions qu'il voudrait : est-ce là le devoir de l'interprète? est-ce là son droit?

Troplong ajoute de mauvaises raisons à celles que l'on donne à l'appui de notre opinion (3). Il faut, dit-il, conci-

(1) Duveyrier, *Rapport*, n° 18 (Locré, t. VI, p. 419). Aubry et Rau, t. V, p. 336, note 38, § 509.

(2) Duranton, t. XIV, p. 415, n° 305. Rodière et Pont, t. II, p. 118, n° 816).

(3) Troplong, t. I, p. 298, n° 970.

lier l'article 1427 avec l'article 222, et cette combinaison prouve que l'article 1427 est limitatif. « Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Il s'agit de savoir dans quels cas la femme autorisée de justice oblige la communauté, et l'on cite un article qui dit simplement que le juge peut habiliter la femme à s'obliger. C'est confondre toutes choses que d'interpréter l'article 1427 par l'article 222, alors que les deux articles ont un objet tout différent. Troplong cite encore l'article 112, qui appelle les tribunaux à statuer sur les mesures d'administration à prendre relativement aux biens d'une personne présumée absente. Nouvelle confusion d'idées! Est-ce qu'en cas de présomption d'absence la femme peut obliger la communauté en se faisant autoriser par le juge? Telle est la question, et certes l'article 112 n'y répond pas.

Il y a un arrêt de la cour de Liége qui paraît conçu dans cet ordre d'idées. Un mari vagabond parcourt le monde; au lieu de son domicile, on ne sait ce qu'il est devenu. Que va faire la femme? Elle ne peut demander l'autorisation de son mari, puisqu'elle ne sait où il est. Elle s'adresse au juge, qui l'autorise. Mais à quoi sert cette autorisation si la femme n'a point de biens personnels? Il faut donc que la femme ait le droit d'obliger la communauté. Nous répondons qu'il n'y a pas de force des choses qui tienne contre la loi. Si le mari est absent dans le sens légal du mot, la femme n'a qu'un droit, c'est de faire déclarer l'absence et de demander la dissolution de la communauté, ou d'en prendre l'administration provisoire; mais aucun principe et aucun texte ne lui permettent d'obliger la communauté avec autorisation du juge (1).

85. Quels sont les deux cas dans lesquels la femme peut obliger la communauté avec autorisation de justice? D'abord pour tirer son mari de prison. On suppose qu'il y est détenu pour dettes, ce qui, depuis l'abolition de la contrainte par corps, arrivera rarement. Au premier abord

(1) Liége, 22 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 370).

on ne comprend pas pourquoi la femme recourt à la justice, alors que son mari est sur les lieux, et autorisée par son mari, elle oblige régulièrement la communauté. Cela donne lieu à un doute sur le sens de la loi. Veut-elle dire que lorsqu'il s'agit de tirer le mari de prison, la femme doive s'adresser à la justice et que le mari ne puisse pas l'autoriser? Cette interprétation est inadmissible, parce qu'elle implique une dérogation au droit commun que rien ne justifierait. C'est le mari qui a pour mission d'autoriser sa femme, le juge n'intervient que sur son refus (article 218). La femme doit donc, avant tout, s'adresser au mari; c'est seulement si celui-ci refuse que le juge interviendra. Ce refus devait être prévu; le mari peut, par délicatesse ou par tout autre motif, refuser d'autoriser sa femme; dans ce cas, la justice l'autorisera. Et comme la liberté du mari intéresse au plus haut degré la communauté, la loi décide que l'obligation de la femme engagera la communauté (1).

86. La femme oblige, en second lieu, la communauté quand elle dote ou établit ses enfants, en cas d'absence du mari et avec autorisation de justice. Quand le mari est absent, dans le sens légal du mot, la femme ne peut pas demander son autorisation; l'article 222 permet à la justice de l'autoriser, mais uniquement pour couvrir son incapacité. Cela ne suffit point, dans l'espèce, car la femme peut n'avoir pas de biens personnels sur lesquels elle puisse s'obliger; si sa fortune est mobilière, elle sera entrée tout entière dans l'actif de la communauté; or, la femme ne peut pas obliger la communauté, d'après le droit commun, alors même qu'elle est autorisée de justice. Il fallait donc faire une exception à cette règle; tel est le but de l'article 1427. L'exception se comprend. Il s'agit d'une obligation naturelle qui incombe aux deux époux; ils doivent doter et établir leurs enfants; si le mari est dans l'impossibilité de concourir à cette obligation, il faut que la justice puisse le remplacer.

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 159, n° 70 *bis* II. Rodière et Pont, t. II, p. 119, n° 817. Rejet, 8 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1080).

Cela suppose qu'il s'agit d'enfants communs; ce n'est qu'à leur égard que le mari a des obligations à remplir, ce n'est donc que pour leur établissement que le motif de l'exception existe. Il est vrai que l'article 1427 dit : *de ses enfants;* ce qui comprend même les enfants d'un premier lit. Mais l'établissement de ces enfants étant étranger à la communauté, ce serait dépasser l'exception que de permettre à la femme d'obliger la communauté de ce chef. Pour qu'il y ait lieu à l'exception, il faut que l'intérêt du mari et de la communauté soit évident. C'est ce qui a lieu pour les enfants communs; et cette considération seule légitime la disposition exceptionnelle de l'article 1427. Quand la dette n'intéresse pas la communauté, l'exception n'a plus de raison d'être; partant on reste sous l'empire de la règle (1).

87. L'article 1427 permet à la femme d'*engager les biens de la communauté* pour l'établissement de ses enfants. Cela suppose que la femme s'oblige pour les doter ou les établir. Est-ce à dire qu'elle ne puisse pas prendre dans la communauté les sommes ou les biens nécessaires pour l'établissement des enfants? Non, certes. Le sens de l'exception consacrée par l'article 1427 est que l'autorisation de justice tient lieu de l'autorisation du mari, c'est-à-dire que la femme autorisée de justice peut faire ce que le mari a le droit de faire. Or, le mari peut employer même les immeubles de la communauté pour établir les enfants communs; donc la femme a le même droit.

Ce que nous disons de la seconde exception s'applique à la première. La femme peut aliéner un bien de la communauté ou se servir des deniers communs pour tirer son mari de prison. Il serait absurde de la forcer à emprunter quand il y a des deniers dans la communauté, et s'il n'y en a pas, mais que la communauté possède des biens peu productifs, l'intérêt du mari, comme celui de la femme, demande qu'on vende ces biens plutôt que de faire un emprunt onéreux.

La tradition confirme l'interprétation que nous donnons

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 161, n° 70 *bis* IV.

à l'article 1427. Cette disposition est empruntée à l'ancienne jurisprudence. Un arrêt du parlement du 27 août 1564, rendu *consultis classibus,* décida que la femme pouvait, sans autorisation aucune, s'obliger et même hypothéquer ou vendre le fonds commun pour retirer le mari de prison (1). Le code ne va pas aussi loin; il exige l'autorisation de justice, mais, avec cette autorisation, la femme doit avoir le droit de disposer des biens communs comme elle a le droit de les obliger; il y a identité de motifs.

88. Il y a une dernière difficulté. La femme oblige la communauté dans les deux cas prévus par l'article 1427. On demande si le créancier aura aussi action contre le mari et sur ses biens personnels. Toullier semble hésiter: il paraît même, dit-il, que cette obligation pourrait s'exécuter sur les biens du mari. Duvergier dit que cette décision n'est pas sans difficulté; il l'admet quand il s'agit de tirer le mari de prison, puisque, dans ce cas, il y a à la charge du mari une dette civile qu'il est obligé de payer. Mais le mari n'est pas obligé de doter ses enfants; quant à l'article 1427, il donne bien à la femme le droit d'engager les biens de la communauté, il ne lui donne pas le droit d'engager les biens du mari (2). Il nous semble que c'est mal poser la question. Le principe général est que toute dette de communauté est une dette du mari; l'article 1427, en disposant que la communauté est tenue des dettes que la femme contracte avec autorisation de justice, décide implicitement que le mari aussi en est tenu. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de déroger au principe qui identifie le patrimoine du mari avec celui de la communauté.

§ IV. *De la contribution aux dettes contractées par la femme.*

89. L'article 1419, après avoir établi le principe que la femme autorisée du mari oblige la communauté, ajoute : « Sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 120, n° 818.
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 227, n° 289, et la note de Duvergier.

due au mari. » De là on induit que la femme s'étant engagée seule est, en général, *censée* avoir agi dans son intérêt personnel et doit, par conséquent, récompense ou indemnité à la communauté ou au mari qui aurait acquitté la dette. On ajoute que cette *présomption* admet la preuve contraire : s'il résultait de l'objet de l'obligation ou d'autres circonstances que la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari, la femme aurait, selon les cas, droit à récompense ou indemnité. On admet la même *présomption,* sauf preuve contraire, dans le cas où la femme s'est obligée avec l'autorisation de la justice (1).

90. Sur quoi est fondée la prétendue *présomption* qui sert de base à cette doctrine? Il s'agit d'une présomption légale; or, d'après l'article 1350, « la présomption légale est celle qui est attachée par une *loi spéciale* à *certains actes* ou à *certains faits.* » Où est la *loi spéciale* qui établit la présomption en vertu de laquelle la femme qui s'oblige seule est censée s'être obligée dans son intérêt personnel? On cite l'article 1419. Mais cet article ne dit pas ce qu'on lui fait dire; il déclare seulement que l'obligation contractée avec autorisation maritale peut être poursuivie contre la communauté; ce n'est certes pas dire que la dette est présumée contractée dans l'intérêt de la femme. S'il ajoute « sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité due au mari », cela ne signifie pas encore que la *présomption* soit que la dette est contractée dans l'intérêt personnel de la femme. L'article 1419 ne fait que répéter ce qu'avait dit l'article 1409, n° 2, qui, en faisant tomber dans le passif de la communauté les dettes contractées par la femme du consentement du mari, ajoute la réserve : « sauf la récompense *dans les cas où elle a lieu.* » En définitive, la loi ne présume rien quant aux récompenses; l'objet des articles 1409 et 1419 est uniquement de décider que le créancier, en vertu d'une obligation contractée par la femme autorisée du mari, peut poursuivre la communauté : question d'*obligation.* Quant à la questiou de *contribution* ou de *récompense,* elle est

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 350, § 510 (4e édit.).

décidée par les articles 1433 et 1437. C'est un point de fait; il s'agit de savoir dans l'intérêt de qui la dette est contractée : c'est celui-là qui la supporte. A qui est-ce à prouver que la dette contractée par la femme du consentement du mari l'a été dans l'intérêt de la femme? C'est à celui qui réclame l'indemnité, car, d'après le droit commun, la preuve est à la charge du demandeur. S'il y avait une présomption, elle dispenserait le demandeur de la preuve qui lui incombe et rejetterait sur la femme le fardeau de la preuve contraire. Mais cette présomption n'est écrite nulle part, et il n'y a de présomption que celle qui est écrite dans une loi *spéciale* pour *certains* actes ou *certains* faits. On ne peut pas même dire qu'il y ait des probabilités en faveur de la prétendue présomption que l'on imagine. Du moins faudrait-il distinguer entre les cas où la femme s'oblige du consentement du mari et ceux où elle s'oblige avec l'autorisation de justice. L'expérience journalière prouve que lorsque le mari autorise sa femme à contracter, l'obligation est le plus souvent consentie dans l'intérêt de la communauté, c'est-à-dire du mari; le législateur a tenu compte de ce fait en écrivant la règle de l'article 1419. Quand la femme contracte avec autorisation de justice, il faut voir si c'est sur le refus du mari; dans ce cas certes il est probable que la dette n'intéresse pas la communauté; mais aussi la question de récompense ne se présentera pas, car la communauté n'est pas tenue de payer, et régulièrement le mari ne payera pas après avoir refusé son consentement. Restent les deux cas où la femme, en s'obligeant avec autorisation de justice, oblige la communauté (art. 1427). Ces deux exceptions sont précisément fondées sur l'intérêt qu'a la communauté à la dette que la femme a contractée; donc la prétendue présomption, loin d'être fondée sur une probabilité, serait contraire à la réalité des choses. Après tout, quelque forte que soit une probabilité, il n'en résulte pas de présomption légale, puisque le législateur seul a le droit de créer des présomptions. Cela est élémentaire. Si nous sommes obligé de le répéter si souvent, c'est qu'à chaque pas les interprètes oublient qu'il ne leur appartient pas de faire la

loi en imaginant des présomptions que la loi ignore.

§ V. *Des dettes contractées par la femme conjointement avec son mari.*

91. L'article 1431 porte : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Ici nous rencontrons encore une fois une présomption admise par la plupart des auteurs, mais du moins il y a un texte sur lequel on peut l'appuyer ; il s'agit de l'interpréter et d'en fixer le véritable sens.

La femme s'oblige solidairement avec son mari : elle n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution. Il faut donc distinguer les rapports de la femme débitrice solidaire avec le créancier et les rapports de la femme coobligée solidaire avec son mari. A l'égard du créancier, la femme est débitrice solidaire et tenue, comme telle, de toute la dette, conformément au droit commun, comme si elle était seule et unique débitrice. La femme ne peut pas opposer au créancier qu'elle est réputée caution par la loi, car l'article 1431 dit formellement qu'elle est réputée caution *à l'égard du mari ;* ce n'est donc que dans les rapports des deux codébiteurs entre eux que la femme est réputée caution ; la femme s'est obligée solidairement, elle est tenue comme débitrice solidaire. Ainsi la question d'obligation doit être distinguée de la question de contribution : l'une est régie par les principes de l'obligation solidaire, l'autre est régie par les principes du cautionnement. Poursuivie par le créancier, la femme doit payer toute la dette, comme tout débiteur solidaire. Après qu'elle aura payé, elle aura un recours contre son mari, comme toute caution a un recours contre le débiteur principal.

92. Sur ce point, il n'y a aucun doute. La femme poursuivie par le créancier peut-elle lui opposer le bénéfice de division ? Si elle était caution à l'égard du créancier,

elle jouirait du bénéfice de division (art. 2026); elle n'est pas caution à son égard, elle est débitrice solidaire; il faut donc lui appliquer l'article 1203, aux termes duquel le débiteur solidaire poursuivi par le créancier ne peut pas lui opposer le bénéfice de division. Il en est de même du bénéfice de discussion, il appartient à la caution (art. 2021); le codébiteur solidaire ne peut pas l'invoquer, puisqu'il est considéré comme seul et unique débiteur.

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que la femme n'est réputée caution qu'à l'égard du mari. Dans l'espèce, la femme s'était obligée solidairement avec son mari au payement de la dot par eux constituée à l'un de leurs enfants : la dot était de 8,000 francs, dont 1,200 pour droits maternels et 6,800 pour droits paternels. Le mari étant prédécédé, il s'agit de savoir dans quelle proportion la femme était tenue de la dot; on prétendait que la donation devait être réduite comme excédant le disponible, et, par suite, la femme soutint qu'elle ne pouvait être tenue au delà de ce que devait le débiteur principal, dont elle n'était que caution. La cour repoussa cette exception; l'article 2013 dit, à la vérité, que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, mais la femme était poursuivie, non comme caution, mais comme débitrice solidaire; elle devait donc payer toute la dot, sauf à répéter contre la succession du mari ce qu'elle avait payé au delà de sa part dans la dot (1).

Il a encore été jugé que la femme, coobligée solidaire, ne peut se prévaloir, contre le créancier, de l'article 2037, aux termes duquel la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut pas, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Dans l'espèce, le créancier avait fait remise d'une partie de la dette au mari tombé en faillite; la femme lui opposa l'article 2037 : cette disposition, dit la cour de Paris, a été faite en faveur de la caution, qui ne s'oblige que pour rendre service au débiteur et sous la condition tacite de subrogation; elle ne peut être invoquée par le débiteur

(1) Limoges, 20 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 284).

solidaire. Nous avons examiné cette question au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 342); quant à la femme, débitrice solidaire, elle ne pouvait se prévaloir de l'article 1431 pour en induire qu'elle était une simple caution, le texte ne l'assimilant à une caution qu'à l'égard du mari (1).

Il y a cependant un arrêt de la cour de Paris en sens contraire. On dirait vraiment qu'il n'y a rien de certain en droit! L'article 1431 distingue nettement les rapports de la femme avec le créancier, question d'*obligation*, et les rapports de la femme avec son mari coobligé solidaire, question de *contribution* ou de *récompense*. La distinction est élémentaire, et voilà qu'une des premières cours de France, méconnaissant le texte et les principes, décide que « toute obligation contractée solidairement avec son mari par une femme est présumée de droit consentie dans l'intérêt du mari, quand le contraire ne résulte pas expressément du contrat, en sorte que la femme est réputée simple caution (2). » Nous verrons plus loin s'il est vrai que l'article 1431 établit une présomption; supposons qu'il y ait présomption : n'est-il pas de principe élémentaire que les présomptions légales sont de la plus stricte interprétation? Or, l'article dit que la femme est réputée caution à l'égard du mari; donc la loi ne la répute pas caution à l'égard du créancier, partant la présomption n'est pas absolue, comme le dit la cour. La décision est aussi contraire à la raison qu'au droit : le créancier a voulu la garantie d'une obligation solidaire, la femme l'a promise; puis quand le créancier poursuit la femme, celle-ci lui dit : Je ne suis pas débitrice solidaire, je ne suis que caution. C'est annuler les contrats : nous croyions que les juges avaient pour mission de les maintenir et d'en assurer l'exécution (3).

93. L'article 1431 dit que la femme est réputée, à

(1) Paris, 11 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127).

(2) C'est l'opinion de tous les auteurs. Aubry et Rau, t. V, p. 351, note 31, § 510. Rodière et Pont, t. II, p. 104, n° 806; Colmet de Santerre, t. VI, p. 178, n° 76 *bis* I. La jurisprudence est dans le même sens. Rejet, chambre civile, 4 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 58). Limoges, 20 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 284); Paris, 16 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 127).

(3) Paris, 15 juillet 1854 (Dalloz, 1856, 2, 12).

l'égard du mari, ne s'être obligée que comme caution; d'où la loi conclut qu'elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. C'est la question de récompense. Contre qui a-t-elle droit à une indemnité? Il faut distinguer. L'affaire, comme le dit le texte, peut concerner la communauté ou le mari. Si c'est dans l'intérêt du mari que la femme s'est obligée solidairement, elle aura une récompense contre son mari pour toute la dette; on applique, dans ce cas, les principes qui régissent les récompenses des époux entre eux. Si l'affaire est celle de la communauté, la femme aura, contre la communauté, une récompense qui s'exerce, d'après le droit commun, par voie de prélèvement, c'est-à-dire que la femme n'a de récompense que pour moitié de la dette si elle accepte, ce qui est très-juste; car si elle accepte, elle est tenue des dettes de la communauté pour moitié, au moins jusqu'à concurrence de son émolument. Si la femme renonce, elle aura un recours pour le tout contre le mari, car, par sa renonciation, elle devient étrangère à la communauté; celle-ci appartient au mari, qui doit aussi supporter toutes les dettes pour le tout; or, la femme a payé une de ces dettes, elle a donc un recours contre le mari pour tout ce qu'elle est obligée de payer au créancier (1).

94. La loi dit que la femme doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. Elle a une récompense contre le mari ou contre la communauté, selon qu'elle s'est obligée pour les affaires du mari ou pour celles de la communauté. D'après le droit commun, celui qui réclame une indemnité doit prouver qu'il y a droit et établir le montant de la récompense. Ce principe reçoit-il son application à l'obligation solidaire de la femme? L'opinion générale est que la femme n'a rien à prouver, parce qu'elle a une présomption légale en sa faveur. On invoque les termes de l'article 1431 : la femme n'est *réputée*, c'est-à-dire présumée, ne s'être obligée que comme caution; or, la caution s'oblige dans l'intérêt du débiteur principal, il y a donc présomption que la femme s'est obligée pour les affaires du mari

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 179, n° 76 *bis* I.

ou de la communauté. Cette présomption, dit-on, est fondée sur ce qui arrive d'ordinaire. Quand la femme s'oblige solidairement avec son mari, c'est sur la demande du créancier qui exige cette garantie; l'affaire concerne presque toujours le mari ou la communauté. La loi pouvait donc, à bon droit, présumer que la femme n'intervenait que comme caution, sauf la preuve contraire, qui est, en règle générale, admise contre toute présomption légale. Le mari est donc reçu à prouver que la dette a été contractée dans l'intérêt personnel de la femme; dans ce cas, elle n'aura point de recours contre le mari; c'est, au contraire, le mari qui, s'il est obligé de payer comme codébiteur solidaire, aura une récompense contre la femme (1).

95. Est-il vrai que l'article 1431 établisse, en faveur de la femme, une présomption qui la dispense de prouver le fondement de la récompense qu'elle réclame? Nous croyons, avec M. Colmet de Santerre, qu'il n'y a pas de présomption (2). Il ne faut pas perdre de vue la définition que le code donne de la présomption légale : c'est celle qu'une loi spéciale attache à certains actes ou à certains faits. Quel est, dans l'espèce, le fait auquel la loi aurait, dans l'opinion générale, attaché une présomption? C'est le fait de l'obligation solidaire contractée par la femme avec son mari : la loi attache-t-elle à ce fait la présomption que la femme s'oblige dans l'intérêt du mari ou de la communauté? Si telle avait été l'intention du législateur, il aurait dit : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari est réputée caution de son mari et doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Est-ce là ce que dit l'article 1431? Non, il dit : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari *pour les affaires de la communauté ou du mari* est réputée caution. » Il y a donc une condition requise pour que la femme soit réputée caution, c'est qu'elle se soit obligée pour les affaires du mari ou de la communauté; elle doit, par conséquent, pour jouir du bénéfice de la caution, prouver qu'elle s'est obli-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 350, note 30, § 510, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Demante, t. VI, p. 178, n° 76.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 279, n° 76 *bis* II et III.

gée dans l'intérêt de la communauté ou du mari; c'est dire que si elle réclame une récompense, elle doit prouver que la dette est contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari.

On objecte le mot *réputé*. Dire que la femme est *réputée caution*, c'est dire qu'elle est présumée ne s'être obligée que comme caution; or, toute présomption légale dispense de la preuve celui au profit duquel elle existe (art. 1352). Nous répondons que l'article 1431, loin de déroger au droit commun, ne fait que l'appliquer. Quel est le droit commun en ce qui regarde les rapports des codébiteurs solidaires? La règle est qu'entre eux ils ne sont tenus de la dette que chacun pour sa part et portion. Cela suppose que la dette a été contractée dans un intérêt commun. Il se peut que la dette ne concerne que l'un des débiteurs solidaires : c'est l'hypothèse de l'article 1431; l'article 1216 prévoit le même cas, et décide en termes généraux que « si l'*affaire* pour laquelle la dette a été contractée solidairement *ne concernait que l'un des coobligés solidaires*, celui-ci sera tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, *qui ne sont considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions*. » Il y a identité d'espèce entre les deux dispositions et identité d'expressions. L'article 1431 suppose que la femme s'est obligée solidairement avec son mari pour les *affaires de la communauté ou du mari*, donc pour une affaire qui ne concerne que l'un des coobligés solidaires, le mari; la conséquence en est que la femme n'*est réputée* s'être obligée que comme caution, ou, comme le dit l'article 1216, qu'elle n'*est considérée*, par rapport au mari, *que comme sa caution*. Il n'y a pas là de présomption proprement dite, car il n'y a aucun fait inconnu, l'on suppose qu'il est constant que l'un des codébiteurs solidaires est seul débiteur; les autres ne l'étant pas, sont nécessairement des cautions; seulement ils ne sont cautions qu'à l'égard du débiteur, ils ne le sont pas à l'égard du créancier. C'est ce que dit aussi l'article 1431.

On invoque l'esprit de la loi pour expliquer et justifier la présomption de l'article 1431. Il est vrai que la loi tient compte des faits quand elle dispose que toute dette con-

tractée par la femme du consentement du mari devient dette de communauté, mais la loi ajoute (art. 1409, 2° et 1419)sauf récompense. Quant à la récompense, elle n'établit aucune présomption, et elle a bien fait, car la présomption est fondée sur une probabilité : et où est la probabilité quand la femme s'oblige avec son mari, que cette dette soit contractée dans l'intérêt du mari? C'est une question de fait que les juges décideront d'après le droit commun; l'affaire peut intéresser la communauté, le mari ou la femme; que celui qui réclame une indemnité prouve dans l'intérêt de qui la dette a été contractée. Les principes généraux sur la preuve suffisent, et ils valent mieux que les présomptions, parce que les présomptions intervertissent l'ordre régulier des preuves. Quand deux personnes s'obligent solidairement, on doit certainement croire qu'elles sont l'une et l'autre intéressées dans la dette, donc chacune pour moitié. Voilà la règle, et elle est fondée en raison. Si, par exception, l'affaire concerne exclusivement l'un des débiteurs solidaires, c'est à la partie intéressée d'en faire la preuve. Il n'est pas bon que le législateur mette sa volonté à la place de l'intérêt des parties; cette décision générale risquerait d'être injuste dans son application à des faits particuliers. La femme s'oblige solidairement avec son mari pour des travaux à exécuter sur divers fonds appartenant l'un à la communauté, l'autre au mari, le troisième à la femme. Si l'on admet la prétendue présomption de l'article 1431, la femme aura une récompense pour le tout contre le mari; ainsi le mari devra payer ce que la femme doit. Dira-t-on qu'il est admis à la preuve contraire? Nous répondrons que cette preuve est souvent très-difficile à faire. L'application du droit commun ne sera-t-elle pas plus équitable? La femme prétend que la dette intéresse exclusivement le mari ou la communauté : qu'elle le prouve! Le débiteur solidaire, dans le cas de l'article 1216, doit aussi prouver que l'affaire concerne exclusivement l'un de ses codébiteurs. Pourquoi la femme serait-elle dans une situation exceptionnelle?

96. L'article 1431 suppose qu'il n'y a que deux débi-

teurs solidaires, le mari et la femme. Il peut y en avoir un troisième : quel sera son recours s'il est obligé de payer toute la dette? Notre réponse est toujours la même; on applique le droit commun, puisque la loi n'y déroge point; le recours se divisera donc conformément à l'article 1214. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation. Elle dit que lorsque deux époux communs en biens contractent solidairement une obligation, le mari et la femme ne sont pas chacun débiteurs pour moitié, la dette est celle de la communauté dont le mari est le chef et le maître, et dont la femme est caution solidaire. L'arrêt en conclut que le troisième débiteur solidaire aura une action pour le tout, même contre la femme, celle-ci étant tenue comme caution de tout ce que doit le débiteur principal(1). Voilà une nouvelle présomption imaginée par la cour; nos textes l'ignorent. Si l'article 1431 considère la femme comme caution, c'est à l'égard du créancier; tandis que la cour de cassation considère la femme comme caution dans les rapports des codébiteurs entre eux. Et pourquoi établit-elle cette présomption? Pour donner au débiteur qui a payé un recours pour le tout contre la femme; ainsi on tourne contre la femme une disposition qui a pour objet de garantir les intérêts de la femme. Enfin où est-il dit que si une dette est contractée solidairement par les deux époux et un tiers, le mari et la femme ne forment qu'une seule et même personne, et que chacun d'eux est tenu du total à l'égard du troisième codébiteur? Voilà à quoi aboutit la doctrine des présomptions que les interprètes imaginent : ils n'interprètent plus la loi, ils la font.

97. L'article 1431 suppose que la femme s'est obligée solidairement avec son mari. Que faut-il décider si elle s'est obligée conjointement avec son mari, mais sans solidarité? Dans l'opinion générale, on répond que la présomption de la loi reste applicable; elle n'est pas attachée, dit-on, au fait que la femme s'est obligée *solidairement*,

(1) Rejet, 29 novembre 1827 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1059). Troplong (t. I, p. 365, n° 1046) et tous les auteurs approuvent. Aubry et Rau, t. V, p. 351, note 32, § 510, sauf Marcadé, t. V, p. 548, n° II de l'article 1431.

elle est attachée au fait que la femme s'oblige avec son mari, et n'intervient, en réalité, que comme caution, dans l'intérêt du mari (1). Si l'on admet que l'article 1431 consacre une présomption légale, il faut rejeter cette interprétation qui étend une présomption légale, parce qu'il n'est pas permis d'étendre une présomption par voie d'analogie. Dans notre opinion, la décision de la question est très-simple. Le mari et la femme s'obligent conjointement sans solidarité : donc chacun est tenu pour moitié à l'égard du créancier. Si la femme paye la moitié de la dette, aura-t-elle une récompense contre son mari? Elle en aura une, d'après le droit commun, si elle peut prouver que la dette concerne les affaires du mari ou de la communauté. Mais il faut qu'elle en fasse la preuve. Elle ne peut invoquer aucune présomption; il n'y en a pas. La loi ne prévoit pas même l'hypothèse : et l'on veut que, dans une hypothèse non prévue, la loi établisse une présomption, alors que, d'après l'article 1350, il faut une *loi spéciale* pour qu'il y ait présomption! La prétendue présomption que l'on imagine soulève à chaque pas de nouvelles difficultés, tandis que l'application des principes généraux n'en présente aucune.

98. Il y a encore un cas qui n'est pas prévu par la loi. Les deux époux s'obligent solidairement en faveur d'un tiers. Dans notre opinion sur le sens de l'article 1431, la solution n'est pas douteuse. On applique les principes généraux de droit. Si le mari et la femme se sont obligés solidairement, chacun d'eux sera tenu pour le tout à l'égard du créancier; et celui qui paye toute la dette aura un recours contre l'autre en vertu de l'article 1214. La femme ne peut réclamer qu'à titre de récompense, le mari l'indemnise de ce qu'elle a dû payer, car il ne s'agit point de récompense dans l'espèce : la dette étant contractée dans l'intérêt d'un tiers, la communauté est hors de cause, de même que le mari comme chef de la communauté (2).

(1) Duranton, t. XIV, p. 416, n° 306. Rodière et Pont, t. II, p. 107, n° 809. Troplong, t. I, p. 313, n° 1039. Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 183, n° 76 *bis* VII.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 183, n° 76 *bis* VIII.

Dans l'opinion générale, la question donne lieu à des difficultés, et ce n'est qu'au prix d'une inconséquence que l'on s'est tiré d'embarras. La cour de cassation a posé comme principe que si les deux époux contractent une obligation solidairement, c'est la communauté qui est débitrice et la femme n'est que caution solidaire (n° 96). Si tel était le sens de l'article 1431, il faudrait décider que la femme a toujours et de plein droit un recours contre son mari et un recours pour le tout, puisqu'elle ne serait que caution. Ce serait bouleverser les notions les plus simples de droit et faire un nouveau code civil. Nous préférons l'ancien. La jurisprudence et la doctrine ont laissé là cette mauvaise interprétation de l'article 1431, et ont décidé la question d'après les principes généraux. Une femme s'oblige solidairement avec son mari à payer le prix de remplacement d'un de leurs enfants. La femme prétendait n'être que caution en vertu de l'article 1431. Il a été jugé qu'elle était tenue personnellement, et non comme caution. Comment la cour écarte-t-elle la prétendue présomption de l'article 1431? En disant que c'est une présomption *juris tantum* qui admet la preuve contraire (1). On voit que l'opinion générale sur le sens de l'article 1431 ne sert qu'à embrouiller les choses et à créer des difficultés. Il n'y a aucune présomption dans cet article, il ne fait qu'appliquer les principes généraux, et ces mêmes principes décident la question que nous examinons. La cour de Rennes donne une meilleure raison et semble se rapprocher de l'opinion que nous avons soutenue. Aux termes de l'article 1431, dit l'arrêt, la femme qui s'oblige solidairement avec son mari n'*est réputée sa caution* et n'*a droit à une indemnité que lorsque l'obligation concerne les affaires du mari ou de la communauté*. Donc l'article 1431 est hors de cause quand le mari et la femme s'obligent dans l'intérêt d'un tiers (2).

(1) Lyon, 11 juin 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1055). Comparez Paris, 30 décembre 1841 (*ibid.*, n° 1056).

(2) Rennes, 22 novembre 1848 (Dalloz, 1851, 2, 151). Comparez Rodière et Pont, t. II, p. 108, n° 810; Troplong, t. I, p. 314, nos 1042 et 1043. Aubry et Rau, t. V, p. 351 et note 33, § 510.

99. L'article 1431 dit que la femme est réputée caution du mari quand elle s'oblige solidairement avec lui pour les affaires du mari ou de la communauté. Demante enseigne que, de son côté, le mari est réputé caution quand il s'engage pour les affaires personnelles de la femme. La loi, dit-il, applique ce principe au cas où le mari garantit solidairement ou autrement la vente que la femme fait d'un de ses immeubles personnels (art. 1432). Cela n'est pas tout à fait exact. Lorsque le mari garantit solidairement la vente, il est codébiteur solidaire et, dans ce cas, on peut lui appliquer l'article 1216, dont l'article 1431 est une application (n° 75). Dans notre opinion, l'article 1431 n'établit aucune présomption en faveur de la femme réputée caution; la loi donne un recours à la femme contre le mari, à charge de prouver qu'elle s'est obligée pour les affaires du mari ou de la communauté (n° 94); c'est le droit commun. Il en est de même du mari qui garantit solidairement la vente que la femme fait d'un propre; il a aussi un recours contre elle, parce que la nature même de l'affaire prouve qu'elle est personnelle à la femme; c'est encore le droit commun. Si le mari avait garanti sans solidarité, ou s'il avait simplement autorisé la femme, la dette, dans notre opinion, tomberait en communauté et, par suite, le mari en serait tenu sur ses biens. Il va sans dire qu'il aurait également un recours, c'est-à-dire une récompense, sans que l'on puisse dire qu'il est réputé caution. Mieux vaut ne pas se servir de cette expression, parce qu'elle implique l'idée d'une présomption qui, en réalité, n'existe pas. Il faut dire que l'on applique les principes généraux qui régissent les récompenses (1).

§ VI. *Des dettes contractées par la femme comme mandataire du mari.*

100. L'article 1420 porte : « Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration gé-

(1) Demante, t. V, p. 183, n° 77; Colmet de Santerre, t. VI, p. 183, n° 77 *bis*.

nérale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le payement ni contre la femme ni sur ses biens personnels. » Cette disposition vient après celle de l'article 1419, qui détermine les effets des dettes que la femme contracte avec autorisation du mari. La différence que la loi établit entre l'autorisation du mari et le mandat que le mari donne à la femme est grande. Il y a cette analogie que, dans les deux cas, la communauté est obligée et, par suite, le mari; si l'article 1420 ne le dit pas du mari, c'est que cela était inutile, car il est bien évident que le mandant est obligé par les actes du mandataire. Mais le mandataire ne s'oblige pas personnellement quand il agit comme tel. L'article 1420 applique ce principe à la femme mandataire du mari; le créancier n'a aucune action contre elle, ni sur ses biens, il n'a d'action que contre le mari; et comme toute dette du mari est une dette de communauté, le créancier pourra aussi poursuivre la communauté (1). Il en est autrement quand la femme s'oblige avec autorisation du mari; c'est elle alors qui parle au contrat, c'est elle qui est débitrice personnelle, le créancier a donc, avant tout, action contre elle et sur ses biens. La loi fait tomber cette dette dans le passif de la communauté (art. 1409, n° 2); par suite, le créancier pourra poursuivre son payement contre la communauté et sur les biens du mari, toute dette de communauté étant une dette du mari.

L'autorisation maritale diffère encore du mandat sous un autre rapport. Aux termes de l'article 223, toute *autorisation générale,* même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. Le mari ne peut donc pas autoriser sa femme d'une manière générale; il est de principe que l'autorisation doit être spéciale, l'autorisation générale serait une abdication de la puissance que la loi donne au mari sur la femme; or, le mari ne peut pas renoncer à une autorité qui est d'ordre public. L'article 1420, au contraire, permet au mari de donner une procuration générale à sa femme, et

(1) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Mariage,* n° 849, 1°-3°.

la loi ne limite pas les pouvoirs que le mari peut donner à la femme mandataire; le mandat confié à la femme reste donc dans les termes du droit commun. Il suit de là que le mari peut donner mandat à la femme d'administrer la communauté, ou les biens personnels du mari, ou les biens personnels de la femme : la femme mandataire peut contracter sans autorisation, car ce n'est pas elle qui agit, c'est le mari qui agit par son intermédiaire.

Enfin l'autorisation est soumise à des formes spéciales : l'autorisation expresse doit être donnée par écrit (art. 217) et l'autorisation tacite ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte. Ces dispositions exceptionnelles sont étrangères au mandat, il reste soumis au droit commun : il peut être donné par écrit ou verbalement (art. 1985), il peut même être tacite; et nous allons voir que le mandat tacite joue un grand rôle dans le mariage.

Ces différences qui existent entre l'autorisation et le mandat exercent leur influence non-seulement pendant le mariage, mais encore après la dissolution de la communauté. La femme mandataire, ne s'obligeant pas personnellement, ne peut jamais être poursuivie par le créancier, elle ne sera tenue de la dette que comme femme commune, c'est-à-dire pour moitié si elle accepte la communauté; si elle renonce, elle est à l'abri de toute poursuite. La femme autorisée, au contraire, s'oblige personnellement; elle est débitrice et, par conséquent, elle pourra, après la dissolution de la communauté, être poursuivie pour toute la dette, sans distinguer si elle accepte ou si elle renonce; seulement, si elle renonce, elle aura un recours pour le tout contre le mari ou ses héritiers et si elle accepte, elle aura un recours pour moitié.

101. Nous rappelons ces principes élémentaires que nous avons déjà établis ailleurs (t. III, n° 112), parce que la doctrine et la jurisprudence surtout confondent souvent l'autorisation maritale et le mandat que le mari donne à la femme. Chez Toullier, la confusion est presque systématique; il n'admet pas le mandat tacite, qui, dans son opinion, est abrogé par l'article 1372; il est donc forcé d'admettre une autorisation tacite, ce qui le met en oppo-

sition avec l'article 217; de plus, il est nécessairement conduit à confondre le mandat avec l'autorisation (1). La même confusion se trouve dans les arrêts quand il s'agit du mandat tacite. Nous signalerons ces inexactitudes ; quoiqu'elles ne tiennent qu'au langage, il faut les éviter, car le langage inexact est très-souvent l'expression d'idées inexactes, et il favorise la confusion de principes différents : de là des erreurs presque inévitables.

102. Le mandat donné à la femme est régi par les principes que le code établit au titre du *Mandat* (2). Il n'y est pas dérogé au titre du *Contrat de mariage*; l'article 1420 les applique, au contraire, en disposant que la femme mandataire n'est obligée ni personnellement ni sur ses biens. Toutefois la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il y a une différence entre les obligations de la femme mandataire de son mari et celles du mandataire en général. Il est très-difficile de préciser cette différence : en droit, on peut la nier, car, pour qu'il y en eût une, il faudrait qu'elle fût établie par la loi, puisque ce serait une exception aux principes généraux; or, de disposition exceptionnelle il n'y en a point; on reste donc sous l'empire du droit commun.

Le mari donne mandat à la femme d'administrer la communauté. Administrer la communauté, dit-on, est non-seulement un droit pour le mari, c'est aussi une obligation dont il ne peut se décharger sur la personne de la femme. Sans doute, mais cette obligation n'emporte aucune conséquence juridique, puisque le mari n'est pas responsable de sa gestion. Il gère comme il veut; il peut donc aussi charger sa femme de gérer pour lui. Ce n'est pas une gestion qu'il lui impose, puisque la femme est libre de ne pas accepter le mandat. Toutefois cette liberté existe en droit plutôt qu'en fait, à raison de la dépendance où se trouve la femme. En droit, cette subordination n'empêche pas la femme de contracter, mais on conçoit qu'en fait le juge en tienne compte quand il s'agit de déterminer

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 237, n° 263; p. 241, n° 267.
(2) Voyez des applications de ce principe dans les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Mariage*, n° 849, 4°-7°.

les obligations de la femme. C'est en ce sens que les auteurs disent que le mandat de gérer la communauté ne soumet pas la femme à toutes les obligations que le mandat impose au mandataire. Nous n'oserions pas dire cela en droit : où est la loi qui autorise l'interprète à admettre cette exception? et lui est-il permis de déroger à la loi, sans texte? Les éditeurs de Zachariæ disent que la femme ne serait tenue que de son dol : c'est une dérogation formelle à l'article 1992, d'après lequel le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion, sauf à apprécier ces fautes avec moins de rigueur, parce que le mandat de la femme est nécessairement gratuit; dans ce cas, la responsabilité du mandataire est moins rigoureuse (1). On voit que le juge a une certaine latitude dans l'application des principes qui régissent la responsabilité : il peut en user en faveur de la femme; c'est tout ce que les principes permettent.

103. La jurisprudence est encore allée plus loin; elle a mis la femme en dehors du droit commun. Il a été jugé qu'elle ne doit pas rendre compte de sa gestion. « Quand la femme administre les biens de la communauté d'après l'*autorisation* que lui en donne le mari, dit la cour d'Aix, on ne peut pas la soumettre à toute la responsabilité qui pèse sur les autres mandataires. » Il ne peut pas être question d'*autorisation*, il faut un *mandat* à la femme pour qu'elle ait le droit de gérer les biens communs. Pourquoi ce mandat n'aurait-il pas les effets de tout mandat? Parce que, dit-on, la responsabilité de la femme changerait les conditions auxquelles la loi a voulu soumettre l'association conjugale et compromettrait gravement les droits de la femme. Cela n'est pas exact ; la communauté reste ce qu'elle est ; seulement la femme répondra de sa gestion. Si le mandat donné à la femme n'est pas le mandat ordinaire, qu'est-il donc? La cour borne les obligations de la femme à faire inventaire et à répondre du recel et du divertisse-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 331 et note 20, § 509. Rodière et Pont, t. II, p. 84, n° 791.

ment : elle n'a point d'autre compte à rendre (1). C'est là de l'arbitraire tout pur. Rodière et Pont critiquent avec raison l'arrêt de la cour d'Aix ; ils veulent que la femme rende compte, mais, une fois le compte rendu, disent-ils, elle ne répondra que de son dol (2). Cette doctrine est tout aussi arbitraire, puisqu'elle déroge à un texte de loi.

La cour de Bordeaux donne des raisons pour justifier la différence qu'elle établit entre la femme et le mandataire ordinaire. Elle admet que la femme n'est pas dispensée de rendre compte, mais ce compte ne doit pas être détaillé et appuyé de pièces justificatives. La confiance et les égards qui doivent régner entre époux, l'affection qui les porte à ne pas se distinguer l'un de l'autre, la nature même de l'administration de la femme ne permettent pas de lui imposer les précautions que la prudence et la loi commandent dans les relations ordinaires de la vie et du mandataire au mandant. Il suffit, quant à la femme, qu'elle ait fait, eu égard aux circonstances, à la condition des époux, à la fortune du mari, au besoin de la situation, un convenable emploi des fonds qui lui ont été remis. Dans l'espèce, il s'agissait de l'emploi d'une somme de 25,000 francs que le banquier du mari tombé en démence avait remise à la femme au moment du départ de celle-ci de l'île de la Réunion pour la France (2). Les considérations que la cour de Bordeaux invoque sont justes, mais elles vont à l'adresse du législateur ; en droit, elles n'autorisent pas à créer un mandat autre que celui que la loi connaît, sauf au juge à user du pouvoir presque discrétionnaire que lui accorde l'article 1992.

La cour de Besançon a essayé de donner un fondement juridique à la doctrine consacrée par la jurisprudence ; à notre avis, elle a très-mal réussi. L'arrêt prend pour point de départ l'article 1420 et l'article 1409 ; ce qui est déjà une confusion d'idées, puisque l'un de ces articles parle de l'autorisation et l'autre du mandat, choses essentiellement différentes (n° 100). Il résulte de ces articles, dit la cour, que la femme mandataire ne s'oblige pas personnellement

(1) Aix, 15 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1606).
(2) Bordeaux, 14 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 39).

et que ses engagements, en cette qualité, sont exclusivement à la charge de la communauté. Sans doute, mais cela prouve-t-il que la femme ne soit pas responsable de l'exécution des engagements qu'elle a pris en acceptant le mandat, et que ces engagements tombent aussi à charge de la communauté? Cela n'a pas de sens. Au regard du mari, continue l'arrêt, la femme ne saurait être soumise à toutes les exigences des articles 1991 et suivants, notamment à l'obligation de rendre un compte en règle et de faire raison de sa gestion dans des formes légales. On met donc la femme hors la loi et au-dessus de la loi. Et le motif? C'est que le mari ne cesse pas de conserver l'autorité conjugale, soit sur la personne de la femme, soit sur la communauté, dont il reste nécessairement le chef. Qui en doute? Cela empêche-t-il le mari de donner mandat à la femme? Et s'il lui donne un mandat, ne faut-il pas appliquer les règles du mandat? La femme, dit la cour, est toujours sous la dépendance du mari et soumise à sa volonté; elle agit sous son contrôle et sans sa direction, elle n'est, en réalité, que sa préposée et, à raison de cette subordination, les actes de la femme gérant la communauté doivent être réputés ceux du mari lui-même. Si cela a un sens, cela veut dire que la responsabilité de la femme mandataire retombe sur le mari mandant; de sorte que c'est le mandant qui répondrait de la gestion qu'il confie au mandataire : hérésie juridique s'il en fut jamais. Tout ce que la cour concède, encore cela est-il une inconséquence, c'est que la femme ne peut rien détourner frauduleusement; hors de cette exception, les *fautes de la femme* sont des *délits de communauté*, l'action du mari contre la femme réfléchirait contre le mari lui-même (1). C'est dire que le mari est tout ensemble mandant et mandataire! Décidément la justification de la jurisprudence est la condamnation de la doctrine qu'elle a consacrée.

104. La situation est plus singulière quand le mari donne mandat à la femme d'administrer les biens qui sont personnels à celle-ci. On peut demander si un pareil mandat

(1) Besançon, 18 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 2, 212).

est valable. Ne s'agit-il pas plutôt d'une autorisation? Les arrêts que nous allons analyser ne contestent pas la validité du mandat. Il est vrai que, dans l'espèce, le propriétaire est chargé d'administrer ses propres biens comme mandataire; ce qui est certes une singularité juridique. Elle s'explique néanmoins. Le mari est, en vertu de la loi, ou de la convention tacite des époux, administrateur des biens de la femme, comme il est administrateur de la communauté; il peut confier l'une ou l'autre administration à un mandataire, donc à sa femme; la femme administrera, non comme propriétaire, mais comme mandataire. Quel sera l'effet de ce mandat?

Le mari donne à la femme mandat de placer le prix de ses propres aliénés. Il se trouve que ces placements sont malheureux, le prix est perdu. Question de savoir si le mari en est responsable. La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative qui ne nous paraît pas douteuse. Le mari est administrateur légal des biens de la femme, il est responsable comme tel. Peut-il se soustraire à cette responsabilité en donnant procuration à sa femme de faire elle-même ce que le mari devait faire, le placement de ses propres aliénés? Non, certes, car la femme mandataire agit au nom du mari; le placement est donc censé fait par le mari, comme tout acte du mandataire est l'acte du mandant. Le placement des fonds que le mari donne mandat à la femme d'opérer est donc fait par lui; dès lors il en répond. On demandera ce que devient le mandat et la responsabilité du mandataire. La cour de cassation n'en dit rien, et l'on pourrait induire des termes absolus de l'arrêt que la femme n'encourt aucune responsabilité (1). Si telle était la pensée de la cour, ce serait une erreur. Le mari mandant doit avoir une action contre la femme mandataire; celle-ci est responsable de l'exécution du mandat qu'elle a accepté, responsabilité qui, en fait, sera appréciée moins rigoureusement que celle du mari, quoique le mari aussi soit un mandataire, par les raisons que nous venons de donner. Les circonstances peuvent être

(1) Rejet. 8 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).

telles, que la femme soit déchargée de toute responsabilité; en effet, la femme ne répond que de la faute légère *in concreto*, c'est-à-dire qu'elle ne doit apporter à sa gestion que les soins qu'elle a dans ses propres affaires (t. XVI, n° 224). A l'égard du mari, on sera plus sévère, parce qu'en fait il connaît mieux les affaires que la femme. C'est ainsi que l'on concilie les deux principes, celui de la responsabilité du mari et celui de la responsabilité de la femme mandataire (1).

105. Nous avons supposé jusqu'ici un mandat exprès. C'est le cas que l'article 1420 paraît avoir en vue, puisqu'il parle d'une procuration générale ou spéciale, et le mot *procuration* se prend dans le sens de l'article 1992, qui suppose un mandat donné par écrit ou verbalement, donc exprès. Le mandat peut aussi être tacite. La doctrine et la jurisprudence admettent que la femme a un mandat tacite de faire toutes les dépenses du ménage; de sorte qu'en les faisant, elle ne s'oblige pas personnellement, puisqu'elle agit comme mandataire; elle oblige le mari dont elle est mandataire et, par suite, la communauté. Quel est le fondement de ce mandat tacite? Le mandat est un contrat, il exige le consentement du mari et de la femme : tout consentement peut être ou exprès ou tacite. Le consentement tacite n'est pas un consentement présumé, c'est un concours de volontés qui résulte des faits. Or, il est facile de se convaincre que le fait du mariage produit ce consentement tacite, en vertu duquel la femme est chargée de faire, au nom du mari, toutes les dépenses du ménage. Le mariage impose des obligations aux époux : ils doivent nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203); les époux se doivent mutuellement secours et assistance, donc ils sont tenus l'un envers l'autre de l'obligation alimentaire dans sa plus large acception (art. 212); le mari, notamment, est obligé de fournir à la femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 214). Pourquoi la loi ne parle-t-elle que du mari? Si le mari n'avait pas

(1) Comparez Rejet, 25 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 148).

de biens, la femme serait obligée de lui fournir tout ce qui est nécessaire. La loi parle du mari, parce que c'est lui qui est le chef de l'association conjugale ; c'est à lui que la femme apporte une dot pour l'aider à supporter les charges du mariage ; il y a dot sous tous les régimes (t. XXI, n° 157), puisqu'il y a toujours des charges à supporter; ces charges ne changent pas de nature selon les régimes, et c'est toujours le mari qui y doit pourvoir.

Comment remplit-il cette obligation? Il faut pour cela des conventions journalières et incessantes; c'est ce qu'on appelle les dépenses de ménage. Est-ce le mari qui doit les faire? Cela est chose impossible : ses occupations l'en empêchent; il doit tout son temps au travail, qui est la mission de sa vie. La femme a aussi sa mission, c'est de présider au ménage; voilà pourquoi on l'appelle bonne ou mauvaise ménagère. Mais la femme ne peut faire le ménage sans contracter, et elle est incapable de contracter. Dira-t-on que le mari peut l'autoriser? Cela est impossible, puisque le mari devrait intervenir à tous les instants du jour pour autoriser sa femme. De plus, l'autorisation ne répondrait pas aux besoins de la situation. C'est le mari qui est le chef de la famille, c'est donc lui qui doit contracter et s'obliger, ce n'est pas la femme; il ne peut donc être question d'autorisation. Le mari ne pouvant pas agir lui-même, il ne lui reste qu'à donner mandat à sa femme. Faut-il que ce mandat se donne par écrit ou verbalement? Non, cela est inutile; par le fait seul du mariage, le mari sait qu'il y a un ménage à diriger, et il sait que cette mission appartient à la femme. Celle-ci, de son côté, sait que tel sera son premier devoir. Il se forme ainsi un concours de volontés tacites tendant à constituer la femme mandataire pour faire les dépenses du ménage (1).

106. La tradition est en ce sens (2); la doctrine est unanime et la jurisprudence est conforme. Toutefois il nous faut appeler l'attention sur la confusion que nous

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 236, n° 261. Rodière et Pont, t. II, p. 86, n° 792. Marcadé, t. V, p. 518, n° 1 de l'article 1420.

(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. V, p. 340, note 49, § 509 (4e édit.).

avons déjà signalée entre le mandat tacite et l'autorisation. Le 10 octobre 1792, la duchesse de Choiseul-Stainville signe, au profit de la dame Bastin, marchande de modes de la reine, une reconnaissance de 41,671 francs, montant des fournitures qui lui avaient été faites. La cour de Paris condamne la duchesse à payer. Pourvoi pour violation de la coutume de Paris, qui ne permettait pas à la femme de s'obliger sans *autorisation* de son mari. La cour rejette ce moyen en décidant que la jurisprudence avait modifié l'incapacité de la femme en ce qui était relatif à son entretien et à celui de sa maison, pour lesquels la femme pouvait s'obliger sans l'autorisation de son mari si les dépenses étaient proportionnées à son rang et à ses facultés (1). Voilà l'erreur en plein. Nous laissons de côté la jurisprudence ancienne. Le code Napoléon déclare aussi la femme incapable de contracter sans autorisation maritale; est-ce à dire que, pour les dépenses de ménage, la femme soit affranchie de son incapacité? Non, car il faudrait un texte qui consacrât cette exception; et le législateur s'est bien gardé de la faire, car si la femme agissait personnellement avec autorisation, elle serait débitrice et tenue de payer sur ses biens; tandis que, d'après l'article 1409, n° 5, les dépenses de ménage sont une dette de communauté; c'est donc comme mandataire que la femme agit et, comme telle, elle ne s'oblige pas personnellement, elle oblige le mari et la communauté.

Un arrêt de la cour de Douai est conçu presque dans les mêmes termes, sauf que la cour condamne le mari à payer les achats d'habillements que la femme avait faits. Ces dépenses, dit la cour, rentrent dans les limites de l'administration du ménage naturellement confiée à la femme; et comme elles n'ont rien d'excessif, eu égard à la fortune et à la position sociale du mari, celui-ci *est censé les avoir autorisées* et ne peut se refuser à les acquitter sous le prétexte qu'il n'y aurait pas eu d'*autorisation expresse* de sa part (2). S'il s'agissait d'*autorisation*, le

(1) Rejet, 7 novembre 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1006).
(2) Douai, 24 décembre 1833 (Dalloz, 1847, 2, 59).

mari aurait eu raison de refuser le payement, car l'article 317 exige qu'il consente par écrit ou qu'il concoure dans l'acte. Mais il ne s'agissait pas d'autorisation ; la cour elle-même l'avoue, puisqu'elle dit que l'administration du ménage est naturellement confiée à la femme; si elle est chargée de cette gestion, c'est qu'elle est mandataire, et elle l'est en vertu d'un mandat tacite. Ce n'est pas une question de mots ; nous avons commencé par établir les différences essentielles qui existent entre l'autorisation maritale et le mandat que le mari donne à sa femme (n° 100). Servons-nous donc des mots propres, afin que la confusion des principes ne vienne pas à la suite de l'inexactitude du langage.

107. Quel est l'objet de ce mandat tacite et quelles en sont les limites? Il peut y avoir mandat tacite, comme mandat exprès, pour toutes choses ; pour le moment, nous ne parlons que du mandat qui résulte du mariage. Il a surtout pour objet les fournitures de détail qui se font journellement pour les besoins du ménage. Le président Lamoignon l'avait formulé ainsi dans son projet d'arrêtés : « Obligation de la femme faite sous l'autorité du mari de victuailles et provisions ordinaires de la maison, pour marchandises de drap, linges et autres étoffes servant à l'usage nécessaire et ordinaire, est valable. » On a regretté que les auteurs du code n'eussent pas formulé une disposition analogue (1) ; il nous semble que mieux valait laisser aux juges une grande latitude en cette matière, qui est toute de fait. Ainsi Lamoignon ne parle que de la nourriture et de l'habillement : le mandat de la femme ne s'étend-il pas plus loin? La cour de cassation a admis le mandat tacite pour les achats de meubles, et elle établit le principe en termes très-généraux pour toutes les dépenses ordinaires ordonnées par la femme : ces dépenses, dit la cour, se faisant sous les yeux du mari, sans contradiction de sa part, sont censées faites de son aveu. Dans l'espèce, il s'agissait de meubles servant à garnir l'appartement occupé par le mari et la femme. L'arrêt relève le fait; ce

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 237, n° 262

qui prouve que la décision dépend des circonstances de la cause (1).

La femme ayant le droit de faire ces dépenses, a par cela même le droit d'en régler le montant et de signer des reconnaissances au profit du créancier (2). Si un tiers paye ces dettes, ou fait des avances à la femme pour les payer, cette obligation aura également pour objet les dépenses du ménage (3).

108. Quant à l'effet du mandat tacite, on applique les principes généraux qui régissent le mandat (n° 100). Des créanciers avaient poursuivi le mari et la femme; il a été jugé que la femme ne s'oblige pas personnellement, qu'elle n'oblige que la communauté quand elle contracte des dettes pour les fournitures, soit d'elle, soit des enfants, parce qu'elle agit au nom de son mari qui, comme chef de la communauté, a donné le mandat tacite de contracter en son lieu et place (4).

Est-ce à dire que le mari doive payer toutes les dettes contractées par la femme pour les besoins du ménage? S'il s'agissait d'un mandat exprès, l'affirmative ne serait pas douteuse : le mandataire ne faisant qu'exécuter les ordres du mandant, n'a pas à s'inquiéter si les dépenses sont nécessaires ou non. Il n'en est pas de même du mandat tacite; le mari ne donne certes pas pouvoir à sa femme de faire des dépenses excessives. Il y a ici des considérations de fait dont le juge est l'appréciateur : la dépense varie d'après la fortune, d'après la position sociale et surtout d'après les goûts et les besoins trop souvent factices de ceux qui les font. Les tribunaux pourraient donc réduire les mémoires des fournisseurs; c'est à ceux-ci à ne pas faire crédit pour des dépenses qui seraient trop fortes. D'Argentré en a déjà fait la remarque : la femme ne peut pas obliger le mari au delà de ce que le mari aurait dépensé lui-même; des dépenses excessives pourraient jeter

(1) Rejet, 5 frimaire an XIV (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 807).
(2) Paris, 25 février 1826, Rennes, 26 août 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1014).
(3) Aubry et Rau, t. V. p. 340, note 49, § 509.
(4) Poitiers, 17 juin 1862 (Dalloz, 1864, 2, 122).

le désordre dans ses affaires et lui être encore désagréables sous d'autres rapports : de fines chaussures blessent les pieds, dit le vieux d'Argentré, mais on ne sait pas toujours où est la blessure (1). La jurisprudence est en ce sens. C'est aux créanciers, dit la cour de Poitiers, s'il y a abus à leurs yeux de la part de la femme, de restreindre le crédit qu'ils lui ouvrent. Une jeune femme, âgée de dix-sept ans, qui venait de recevoir son trousseau conforme à sa condition, achète, selon le mémoire de la marchande, pour 1,700 francs de linons, de dentelles, mousselines, bonnets. La cour de Rouen a jugé qu'il y avait excès et même dol; elle déclara la dette nulle, à l'exception d'un à-compte de 300 francs qui avait été payé par la femme (2).

109. Le mandat tacite suppose un ménage commun, la véritable vie de famille, chacun des deux époux remplissant sa mission. Que faut-il décider si les époux vivent séparés, non en vertu d'une séparation judiciaire, mais par suite d'arrangements intervenus entre eux, parce que la vie commune leur est devenue insupportable? Il est certain que, dans ces circonstances, on ne peut plus admettre un mandat tacite, car le mandat se forme par concours de consentement; et comment y aurait-il concours de volontés là où les sentiments sont discordants et hostiles? Toutefois il n'en faudrait pas conclure, comme le fait Toullier, que les dépenses faites par la femme lui seraient personnelles (3). S'il n'y a pas de mandat tacite, il y a un autre principe qui met les dépenses à la charge du mari. Tant que le mariage dure, et quand même les époux vivraient séparés, le mari reste le chef de l'association conjugale, tenu, comme tel, de pourvoir aux nécessités de la femme et des enfants (art. 212 et 203). Donc les dépenses que la femme, quoique séparée, fait pour son entretien et celui

(1) D'Argentré sur l'article 424 de la *Coutume de Bretagne,* glose 2, p. 1499, éd. de 1661 (Rodière et Pont rapportent le passage, t. II, p. 90, n° 795). Colmet de Santerre, t. VI, p. 138, n° 63 *bis* III.

(2) Poitiers, 17 juin 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22). Rouen, 27 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 809, 4°).

(3) Comparez Toullier, t. VI, 2, p. 245, n° 272. Rodière et Pont, t. II, p. 87, n° 793).

de ses enfants doivent être supportées par le mari. Reste à savoir contre qui les créanciers ont action. En principe, ils traitent avec la femme; celle-ci ne peut pas alléguer de mandat, nous venons d'en dire la raison. Mais, de son côté, la femme a action contre le mari; les créanciers peuvent donc agir contre le mari au nom de la femme, leur débitrice. C'est le droit commun de l'article 1166. Les créanciers auraient même une action directe contre le mari comme ayant géré son affaire, non qu'il y ait quasi-contrat proprement dit, mais il y a une dépense qui profite au mari, puisqu'il aurait dû la faire lui-même; les créanciers auraient donc l'action fondée sur l'équité, que les interprètes appellent action *de in rem verso* (t. XX, n° 334) (1).

110. La jurisprudence est en ce sens. Deux époux vivent séparément; le mari paye à sa femme une pension annuelle de 2,000 francs. Après cette séparation volontaire, le mari annonce, à plusieurs reprises, dans un journal de la localité, que, sa femme ayant un revenu fixe pour ses besoins, il n'entend pas être recherché à raison des dettes qu'elle pourra contracter. La femme va ensuite habiter une autre ville et y contracte des dettes envers des fournisseurs; ceux-ci poursuivent le mari. La cour de Besançon a jugé d'abord que la femme n'était plus mandataire de son mari, le mandat ne pouvant être supposé alors qu'il y a une habitation séparée. En première instance, le juge avait admis l'action des créanciers par le motif qu'ils n'avaient pu connaître les annonces insérées dans le journal par le mari. La cour répond que c'est aux fournisseurs à s'informer de la condition des personnes auxquelles ils font crédit; s'ils s'en étaient informés, dans l'espèce, il leur eût été facile d'apprendre qu'ils traitaient avec une femme mariée, séparée de son mari; que, par suite, ils ne pouvaient plus la considérer comme mandataire de son mari; ils étaient en faute d'avoir continué leurs fournitures à crédit pendant sept mois sans prendre des renseignements. La cour conclut qu'ils étaient sans

(1) Rennes, 26 août 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1014).

action, car ils ne pouvaient agir contre le mari qu'au nom de la femme, leur débitrice; or, celle-ci n'avait pas le droit d'agir, puisqu'elle touchait la pension que son mari s'était obligé à lui payer (1).

Il se présente des situations plus délicates, dans lesquelles il faut un autre motif de décider. A la suite d'une séparation volontaire de deux époux et d'arrangements pris avec le beau-père, le mari remet à celui-ci annuellement la somme de 4,000 francs, formant les intérêts de la dot qu'il avait reçue. La femme quitte le domicile de son père et va s'installer dans un hôtel. A partir de ce moment, le mari cesse de lui payer sa pension en se fondant sur ce qu'elle avait quitté contre son gré le domicile paternel et sur ce qu'elle ne résidait pas au domicile que lui avait assigné une ordonnance du juge sur une demande en séparation de corps dirigée contre elle. La cour d'appel condamna néanmoins le mari à payer la pension intégrale, sans tenir aucun compte des défenses réitérées qu'il avait signifiées à l'hôtelier de faire aucune avance ni fourniture à sa femme. L'arrêt allègue l'obligation qui incombe au mari de pourvoir aux besoins de la femme; or, dans l'espèce, le mari n'y avait pas pourvu, puisqu'il ne payait plus aucune pension à sa femme. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. Les motifs sont remarquables. La cour dit que le mari n'était pas obligé envers l'hôtelier en vertu d'un contrat; ses protestations rendaient toute convention impossible. Etait-il obligé en vertu d'un quasi-contrat envers le fournisseur? La cour d'appel n'en alléguait aucun. Là était le vice de l'arrêt. Les fournisseurs peuvent avoir action contre le mari à raison du profit qu'ils lui ont procuré par leurs fournitures, puisqu'ils acquittent une dette qui incombe au mari; la cour d'appel aurait dû, dit la cour suprême, examiner l'importance et la quotité du profit personnel que les fournitures avaient procuré au mari; elle aurait dû apprécier la défense du mari, la désertion par la femme du domicile que lui avait assigné l'ordonnance du juge. Ainsi la cour reconnaît que

(1) Besançon, 25 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 2, 149).

les fournisseurs ont contre le mari l'action *de in rem verso*. Mais comme cette action est fondée sur le profit que le mari retire des fournitures, il faut que les juges estiment ce profit, sinon le jugement de condamnation manque d'un fondement juridique (1).

Il se peut que le mari soit en faute. Dans ce cas, la décision est facile. Le mari déserte le domicile conjugal, il ne pourvoit pas aux besoins de sa femme et de ses enfants. Son obligation est certaine; toutefois on ne peut pas dire qu'il donne mandat à sa femme; le mandat tacite suppose la vie commune, on ne peut plus l'admettre quand le mari abandonne sa femme; mais les fournisseurs font l'affaire du mari, en ce sens qu'ils lui rendent service jusqu'à concurrence de ce que le mari aurait dû dépenser pour les besoins de la femme : ils ont donc action contre lui dans ces limites (2). A plus forte raison le mari est-il tenu s'il refuse de recevoir sa femme, ou si par ses outrages il oblige la femme à déserter la maison conjugale (3). Il est inutile de s'arrêter sur ces tristes débats; le droit de la femme est certain et, par suite, les créanciers ont l'action *de in rem verso* contre le mari.

111. Tout mandat cesse par la révocation, donc aussi le mandat tacite (art. 2003). Le principe est incontestable, mais l'application soulève des difficultés. Comment le mari peut-il révoquer le mandat qui est la suite du mariage? S'il notifie la révocation aux fournisseurs habituels, la femme s'adressera à d'autres marchands. De là est venu l'usage d'insérer la révocation du mandat dans les journaux. Cela suffira-t-il pour rendre l'action des fournisseurs non recevable? Aux termes de l'article 2005, les tiers peuvent se prévaloir de l'ignorance où ils sont d'une révocation qui a été notifiée au seul mandataire; ils pourront aussi opposer au mari qu'ils n'ont pas lu l'annonce qui a paru dans les journaux, et ce serait au mari de faire la preuve contraire (4).

(1) Cassation, 12 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 154).
(2) Comparez Paris, 25 février 1826; Rennes, 26 août 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1014).
(3) Bordeaux, 8 juin 1839 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1011).
(4) Rodière et Pont, t. II, p. 90, n° 796.

Autre difficulté. Si le mari révoque le mandat, la femme sera-t-elle obligée personnellement? La femme qui n'est pas mandataire ne peut s'obliger qu'avec l'autorisation du mari ou de justice : si elle n'est pas autorisée, l'obligation est nulle. Les créanciers auront-ils l'action *de in rem verso?* Contre la femme, non; car ils ne font pas l'affaire de la femme, ils font tout au plus l'affaire du mari. Nous disons : tout au plus; car si le mari pourvoyait aux besoins de la femme, les fournisseurs ne seraient pas reçus à dire qu'ils ont acquitté une dette que le mari a payée lui-même. Ils n'auraient donc d'action contre le mari que dans les limites du profit que les fournitures lui auraient procuré (1).

112. Le mandat tacite peut exister entre époux pour d'autres objets que les fournitures de ménage. Ainsi le mari est marchand et illettré, c'est la femme qui signe et qui contracte comme mandataire générale de son mari, sans qu'il y ait une procuration écrite ou verbale; mais il y a un concours de consentement qui donne à la femme le droit d'agir au nom du mari. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où la femme est marchande publique en vertu de l'autorisation du mari. Autorisée, elle s'oblige personnellement, et elle oblige aussi, si elle est femme commune, la communauté et le mari. Mandataire, elle ne s'oblige pas personnellement, elle oblige le mandant, son mari et, par suite, la communauté (2).

§ VII. *La femme est-elle un tiers à l'égard du mari?*

113. Cette question a été vivement agitée en Belgique; le débat s'est terminé par une loi interprétative qui nous dispense d'entrer dans les détails de la controverse (3). Une créance propre à la femme tombe en communauté; le mari la touche et en donne quittance sous seing privé; la

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 341 et note 58, § 509 (4e éd.).
(2) Angers, 27 février 1819 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1021).
(3) Voyez Liége, 10 janvier 1846, cassé par arrêt du 14 mai 1847. Sur renvoi, Gand, 30 décembre 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 12), cassé par la cour suprême, chambres réunies, 17 mars 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 158).

quittance porte une date antérieure à la séparation de corps prononcée entre les époux, mais cette date n'est pas certaine. On demande si le débiteur peut opposer la quittance à la femme. C'est demander si la femme est un tiers dans le sens de l'article 1328. Nous croyons que la femme n'est jamais un tiers quant aux actes faits par le mari sous le régime de communauté. S'il s'agit d'un acte que le mari fait comme chef de la communauté et concernant les intérêts de la communauté, la femme n'est pas un tiers. Pour que la question puisse s'élever, il faut supposer que la femme accepte, car si elle refuse, elle est étrangère à tout ce que le mari a fait; si elle accepte, elle est censée avoir concouru à tous les actes du mari, comme si elle y avait figuré personnellement : étant partie à l'acte, comment serait-elle un tiers? On a objecté que la femme n'est pas l'ayant cause de son mari, et l'on en a induit qu'elle est un tiers. Non, certes, la femme n'est pas un ayant cause, car elle ne tire pas son droit de son mari, elle le tient de la loi ou, si l'on veut, de la communauté que les époux ont formée tacitement en se mariant sans contrat. Mais de ce qu'elle n'est pas ayant cause, faut-il conclure qu'elle est tiers? Elle est plus qu'ayant cause, elle est partie à l'acte fait par son mari. C'est dire que les distinctions de tiers et d'ayant cause ne sont pas applicables à l'espèce; il faut donc laisser de côté l'article 1328, il est étranger au débat.

Si le mari a agi comme administrateur légal, la position est tout autre. Peu importe, dans ce cas, que la femme accepte ou qu'elle renonce, l'acceptation ou la renonciation sont étrangères aux actes d'administration faits par le mari; quand même la femme renoncerait, le mari n'en aurait pas moins été administrateur des biens de la femme. C'est uniquement dans le fait d'administration qu'il faut puiser le motif de décider. Or, l'administration légale est un mandat dont la loi investit le mari. La question est donc de savoir si le mandataire est un tiers quant aux actes faits par le mandant, et cette question n'en est pas une : ce n'est pas le mandataire qui contracte, c'est le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire; donc

le mandataire est partie à l'acte et, étant partie, il est impossible qu'il soit un tiers.

On a objecté les inconvénients qui résultent de ce système. Le mari ne peut-il pas, après la séparation de corps, faire des actes au préjudice de la femme et les antidater? Nous répondons, ce que nous avons dit souvent, que les inconvénients ne sont pas une raison de décider. On peut aussi, et on l'a fait, signaler des inconvénients que présente l'opinion contraire. Que nous importe? Cela regarde le législateur, l'interprète n'a pas à s'en préoccuper. Dès que le sens d'une loi est clair, parce qu'il résulte de son texte et de son esprit, l'interprète doit l'admettre, quels que soient les inconvénients qui en résultent. Or, dans l'espèce, les principes, tels que nous venons de les formuler, ne laissent aucun doute. Ce qui a obscurci ces longs débats, c'est que l'on croyait l'article 1328 applicable à un ordre d'idées auquel il est étranger; la femme n'est ni tiers ni ayant cause, elle est partie.

114. C'est ce que le ministre de la justice a déclaré nettement lors de la discussion de la loi interprétative : « La femme étant présumée *partie* intervenante dans tous les actes que son mari pose en vertu de sa puissance maritale, tous ces actes, d'après l'article 1322, ont la même force et la même foi, tant vis-à-vis d'elle que vis-à-vis du mari ou de ses héritiers; tel est le véritable sens de l'article 1322 (1). »

C'est en ce sens qu'il faut entendre la loi interprétative du 28 avril 1850, laquelle est ainsi conçue : « L'acte sous seing privé signé par le mari et relatif à des revenus de biens personnels à la femme, s'il est reconnu par celle à laquelle on l'oppose, a entre elle et ceux qui l'ont souscrit, même après la séparation de corps et de biens, la même foi que l'acte authentique. » On a induit de la loi que la femme est l'ayant cause de son mari pour tous les actes par lui faits (2). Cela ne nous paraît pas exact; c'est replacer la question sur le terrain de l'article 1328; tan-

(1) Séance de la chambre des représentants du 17 avril 1850.
(2) Discours du procureur général Leclercq (*Pasicrisie*, 1870, 1, IX) et les arrêts de Bruxelles et de Liége cités plus bas, note.

dis que le ministre de la justice disait avec raison que la femme est *partie* à l'acte, ce qui exclut l'idée d'*ayant cause* aussi bien que l'idée de *tiers;* la femme est plus qu'ayant cause, elle est partie; présumée, dit le ministre, parce qu'en réalité elle ne figure pas à l'acte, mais elle est censée y avoir parlé avec son mari quand elle accepte la communauté. La cour de cassation de France s'est aussi prononcée en ce sens : La femme, dit-elle, quand elle *accepte* n'est pas un *tiers* (1). Qu'est-elle donc? Ayant cause? Non, car en acceptant, elle devient partie au contrat.

115. La loi de 1850 est spéciale, comme toute loi interprétative, puisqu'elle est portée en vue d'une difficulté spéciale sur laquelle la cour de cassation s'est trouvée en désaccord avec les cours de Liége et de Gand. Elle ne parle que d'un acte que le mari fait comme administrateur des biens de la femme; il va sans dire qu'elle s'applique à toute espèce d'actes que le mari fait en cette qualité, le motif de décider étant identique. Que faut-il dire des actes qui concernent la communauté et que le mari fait comme chef? Dans notre opinion, qui est celle du ministre de la justice, l'article 1322 répond à la question; c'est-à-dire que la femme étant partie à l'acte, la date fait foi à son égard comme elle fait foi à l'égard du mari signataire. La jurisprudence des cours de Bruxelles et de Liége est en ce sens, mais nous n'aimons pas les motifs qu'elles donnent. La cour de Bruxelles invoque la théorie du mandat : le mari, dit-elle, administrateur légal de la communauté, doit être considéré, par rapport aux droits de la femme dans les biens communs, comme son mandataire légal, et il est de règle que l'acte signé par le mandataire fait foi de sa date contre le mandant (2). C'est confondre l'administration de la communauté avec l'administration des biens de la femme; quant aux biens de la femme, le mari est administrateur mandataire; quant aux biens communs, le mari administrateur est seigneur et maître et la femme est censée concourir à tous ses actes

(1) Rejet, 13 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 100).
(2) Bruxelles, 29 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 116).

quand elle accepte; elle n'est donc pas mandante, elle est copropriétaire et partie. La cour de Liége dit que la loi de 1850, relative à des actes faits par le mari comme administrateur des biens de la femme, doit être appliquée à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'actes relatifs à la communauté, puisque le mari a sur ces biens des droits bien plus étendus que sur les biens personnels de la femme (1). Cette raison n'est pas bonne; il ne s'agit pas des pouvoirs du mari, il s'agit du rôle que la femme joue dans l'acte : est-elle mandante ou est-elle copropriétaire? Telle est la vraie question.

116. Dans l'espèce jugée par la cour de Liége, la femme séparée de corps et de biens avait conclu subsidiairement à ce que l'acte du mari qui portait une date antérieure à la dissolution fût déclaré frauduleux. La femme est certainement admise à prouver la fraude, malgré son acceptation de la communauté, car on ne peut pas dire qu'elle concourt à la fraude pratiquée contre elle. Mais la femme, demanderesse, doit prouver la fraude; dans l'espèce, sa demande fut rejetée, parce qu'elle ne reposait que sur de simples allégations.

SECTION IV. — Du patrimoine propre des deux époux.

ARTICLE 1er. De l'influence du régime de communauté sur le patrimoine propre des époux.

117. On dit d'ordinaire que les époux, en se mariant sous le régime de communauté, perdent la jouissance de leurs biens propres dont les fruits et revenus entrent dans l'actif de la communauté légale. Cela serait vrai d'une manière absolue si la communauté était une personne civile, propriétaire et usufruitière. Dans l'opinion générale que nous suivons, la communauté n'est autre chose que les deux époux associés; dans cet ordre d'idées, on ne peut pas dire que les époux perdent la jouissance de leurs biens, puisqu'ils continuent à en jouir comme époux communs. Toutefois, en ce qui concerne la femme, il est vrai,

(1) Liége, 7 août 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 387).

en un certain sens, qu'elle n'a plus la jouissance de ses biens; elle les apporte en dot à son mari, qui seul dispose des fruits et revenus en seigneur et maître. De là une conséquence importante : la femme n'ayant plus le droit de disposer des fruits et revenus de ses biens, ne peut pas les engager par les obligations qu'elle contracte avec autorisation de justice; de même les créanciers antérieurs au mariage n'ont plus d'action sur la jouissance des biens de leur débitrice quand les dettes n'ont pas de date certaine de leur antériorité. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la composition active de la communauté.

118. Le mari conserve la jouissance de ses biens et il acquiert celle des biens de la femme. Rien n'est changé à ses droits sur son patrimoine. Toutefois il y a une exception importante à ce principe, c'est que toute dette de communauté devient dette du mari. Quand il s'agit de ses propres dettes, il est assez naturel que les dettes de communauté deviennent les dettes du mari. Pour mieux dire, il serait difficile de distinguer deux personnes dans le mari et de distinguer deux patrimoines. Quand il s'agit d'actes à titre onéreux, le mari est seigneur et maître des biens communs, comme il est propriétaire exclusif de ses biens personnels. Ces deux patrimoines n'en faisant qu'un en ce qui concerne le droit de disposer des biens, il s'ensuit que dès que l'un des patrimoines est obligé, l'autre l'est aussi. Donc peu importe en quelle qualité le mari contracte, il engage toujours ses biens; or, ses biens sont ceux de la communauté et ceux qui lui restent propres. Cela est naturel et fondé en raison; il a les bénéfices de la communauté comme seigneur et maître, il doit aussi en avoir les charges.

La conséquence est bien plus grave quand il s'agit des dettes de la femme. Si les dettes sont contractées pendant la durée de la communauté, le mari ne peut se plaindre, car la femme ne peut obliger la communauté ni les biens du mari sans autorisation maritale, et le mari est libre de la refuser. Mais les dettes mobilières de la femme antérieures au mariage entrent aussi dans le passif de la communauté et, par suite, les créanciers peuvent poursuivre

le mari sur ses biens personnels. En ce sens, on disait dans l'ancien droit : *Qui épouse la femme épouse ses dettes.* Le mari n'a qu'un moyen de se mettre à l'abri de ce danger, c'est de stipuler la séparation de dettes. On a dit que, sous ce rapport, il y a inégalité entre le mari et la femme : le mari est tenu sur ses biens personnels des dettes de la femme, tandis que la femme n'est pas tenue sur ses biens personnels des dettes du mari. Cela est vrai. Mais la femme épouse aussi les dettes du mari, en ce sens que s'il a des dettes inconnues, elles grèveront la communauté ; la fortune mobilière de la femme sera perdue, ses biens serviront à payer les dettes du mari. Voilà pourquoi, dans l'ancien droit, la clause de séparation de dettes était devenue de style dans tous les contrats de mariage. C'est le seul remède au mal. Le remède témoigne contre l'organisation traditionnelle de la communauté ; en la réduisant aux acquêts, on prévient toutes les inégalités et tous les dangers.

119. Nous avons déjà fait la remarque que le principe que toute dette de communauté est une dette du mari n'est vrai d'une manière absolue qu'à l'égard des créanciers. Entre époux, quand il s'agit de la contribution, chacun supporte les dettes qui lui sont propres, c'est-à-dire qui ont été contractées dans son intérêt personnel. La loi le dit pour les dettes antérieures au mariage, ainsi que pour celles qui sont contractées pendant la durée de la communauté. Cette restriction s'applique même aux dettes du mari, en ce sens que si le mari paye sur ses biens personnels une dette qu'il a contractée et qui doit être supportée par la communauté sans récompense, il aura droit à une récompense, car la communauté se sera enrichie à ses dépens, le mari ayant payé une dette que la communauté était tenue de payer et de supporter.

120. Le régime de communauté a une conséquence particulière à la femme, elle perd l'administration de ses biens : aux termes de l'article 1428, le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme.

ARTICLE 2. De l'administration des biens de la femme.

§ I[er]. *Notions générales.*

121. Pourquoi le mari a-t-il l'administration des biens personnels de la femme, quoique ces biens n'entrent pas en communauté? C'est que la communauté en a la jouissance, et il est naturel que celui qui jouit administre. Personne n'est plus intéressé à bien administrer que celui qui profite de la gestion. A ce titre, l'administration des biens de la femme devait appartenir au mari : c'est moins un droit qu'une charge; il est juste que la charge incombe à celui qui a les bénéfices. Enfin si la loi avait séparé l'administration et la jouissance, elle aurait créé des conflits journaliers entre l'administrateur et l'usufruitier ; elle les prévient en confiant l'administration à celui qui a la jouissance (1).

122. On a prétendu que l'administration des biens de la femme avait été donnée au mari à raison de la puissance maritale (2). S'il en était ainsi, l'administration légale du mari serait d'ordre public, et les époux n'y pourraient pas déroger par leurs conventions matrimoniales. A vrai dire, la puissance maritale est hors de cause. Ce qui le prouve, c'est que la loi permet aux époux de stipuler que la femme aura l'administration et la jouissance de ses biens (art. 1536). Cela est de droit, sous le régime dotal, pour les biens paraphernaux (art. 1576). La femme peut aussi, sous le régime de communauté, se réserver l'administration de ses biens ; à plus forte raison peut-elle stipuler qu'elle touchera annuellement, sur ses seules quittances, certaine portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. La loi autorise cette clause sous le régime exclusif de communauté (art. 1534); il y a identité de raison pour la permettre sous le régime de communauté; car, sous les deux régimes, le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme.

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 57, nº 138.
(2) Troplong, t. I, p. 300, nºs 973-976.

La conséquence de cette clause est que la somme réservée à la femme lui est propre et que le mari n'y a aucun droit. Une femme stipule que, sur la somme de 5,000 fr. de rente à elle constituée en dot par ses père et mère, elle se réserve le droit de toucher chaque année une somme de 1,500 francs pour sa toilette et ses œuvres de charité. La femme fut obligée de quitter le domicile conjugal par suite des outrages dont son mari l'accablait : ces outrages devaient produire de si douloureux scandales, qu'elle hésita à demander immédiatement la séparation de corps ; celle-ci ne fut prononcée que sept ans plus tard. Dans cet intervalle, la femme ne reçut aucun secours de son mari ; celui-ci s'appropria, malgré les réclamations de son beau-père, les 1,500 francs que sa femme avait seule le droit de percevoir et qui étaient sa propriété personnelle. Lors de la liquidation de la communauté, la femme réclama la restitution des sommes qui lui appartenaient et que le mari s'était indûment appropriées. Le mari opposa que tous les revenus de la femme lui appartenaient, puisque tous ces revenus tombaient dans l'actif de la communauté, aux termes de l'article 1401. C'était oublier que le contrat de mariage avait dérogé au droit commun. Le mari se prévalut encore des articles 1539 et 1578 qui, sous le régime de séparation et sous le régime dotal, affranchissent le mari de l'obligation de rendre compte de la gestion que la femme lui a laissée de ses biens personnels. Il suffit de lire ces dispositions pour se convaincre qu'elles étaient inapplicables à l'espèce : elles supposent l'existence d'un mandat exprès ou tacite que la femme donne à son mari, alors que la vie est commune et que les relations des époux sont ce qu'elles devraient être. Est-ce que la femme chassée du domicile conjugal par les outrages de son mari peut donner à celui-ci un mandat de confiance (1)?

123. L'article 1401 permet aux donateurs d'exclure de la communauté les effets mobiliers par eux donnés à l'un des époux. Peuvent-ils aussi réserver au donataire l'ad-

(1) Rejet, chambre civile, 16 avril 1867 (Dalloz, 1867, 1, 221)

ministration et la jouissance des biens qui sont stipulés propres? Nous avons déjà rencontré la question à plusieurs reprises, et nous l'avons décidée affirmativement conformément à l'opinion générale(1). Il nous reste à compléter la jurisprudence sur cette question.

Une mère lègue à sa fille la portion disponible de ses biens pour en jouir sur ses simples quittances, sans que son mari puisse s'immiscer dans l'administration de cette partie de sa fortune. Il a été jugé que cette clause est valable, l'administration des biens personnels de la femme ne tenant essentiellement ni à la puissance maritale, ni à la communauté. La cour de Paris avoue que s'il s'agissait de la réserve, la clause litigieuse serait nulle, parce que les biens réservés appartiennent nécessairement à l'époux et, par suite, à la communauté; nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit de la réserve. Quant aux biens disponibles, les père et mère en conservent la libre disposition, et ils en peuvent disposer sous telle condition qu'ils veulent, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs; or, l'article 1401 prouve que les donateurs conservent, sous ce rapport, la plénitude de leurs droits (2).

La cour de Paris a maintenu sa jurisprudence dans une espèce où il y avait quelque doute, la femme ayant déserté le domicile conjugal. Mais la cour a très-bien jugé que ce fait n'avait rien de commun avec les droits de la femme sur ses biens. Le mari peut contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal par les voies de droit, mais il ne peut pas s'emparer de revenus qui ne lui appartiennent pas (3).

124. Y a-t-il d'autres exceptions au pouvoir d'administration que la loi confie au mari? On enseigne que la femme marchande publique a le droit de gérer son commerce, sans que le mari puisse intervenir dans cette administration. Cela est certain, mais est-ce une exception au

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 586, nº 447, et le tome XXI, p. 96, nº 75.
(2) Paris, 27 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 786).
(3) Paris, 27 août 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 787).

droit commun? Le mari, en autorisant sa femme à faire le commerce, l'autorise par cela même à faire tous les actes concernant son négoce (art. 220) : de quel droit donc y interviendrait-il? On enseigne encore, comme application du principe concernant la femme marchande, que la femme actrice a le droit d'administrer ses appointements, en tant qu'ils lui sont nécessaires pour l'exercice de son art; il y a un arrêt de la cour de Paris en ce sens (1). La chose nous paraît douteuse : les appointements de la femme sont un produit de son travail qui entre en communauté et devient la propriété du mari. Comment la femme aurait-elle le droit d'administrer ce qui ne lui appartient pas?

§ II. *Des pouvoirs du mari.*

N° 1. PRINCIPE.

125. L'article 1428 dit que le mari a l'*administration* de tous les biens personnels de la femme, et l'article 1421 dit que le mari *administre* les biens de la communauté. Ainsi la loi se sert du même terme pour marquer les droits du mari sur la communauté et les droits du mari sur les biens personnels de la femme. Il y a cependant une différence capitale entre ces deux situations. Le mari est bien plus qu'administrateur des biens de la communauté, il en est seigneur et maître en ce qui concerne les actes de disposition à titre onéreux; le même article qui dit que le mari administre les biens communs ajoute que le mari peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme.

Il en est tout autrement du mari administrateur légal des biens de la femme : il administre des biens qui ne lui appartiennent pas, il est donc administrateur comme l'est le tuteur; aussi l'article 1428 ajoute-t-il que le mari ne peut pas aliéner les immeubles de la femme sans son con-

(1) Troplong, t. I, p 301, n° 979. Paris, 27 novembre 1819 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1288, 2°).

sentement, et ce que la loi dit des immeubles est vrai aussi des meubles, comme nous le dirons plus loin. Le même article 1428 donne au mari le droit d'exercer les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme, ce qui implique qu'il n'a pas le droit d'exercer les actions immobilières; tandis que le mari, administrateur de la communauté, a toutes les actions. Enfin l'article 1428 déclare le mari responsable de sa gestion; le mari n'est pas responsable comme chef de la communauté. En définitive, la loi applique au mari administrateur des biens de la femme les principes qui régissent les administrateurs de biens d'autrui : il a un pouvoir d'administration, il n'a pas un droit de disposition. Quand nous disons que le mari a un pouvoir d'administration, nous entendons qu'il a une charge qui est en même temps un droit pour lui, à la différence du tuteur qui n'a qu'une charge. En effet, le mari profite de son administration, puisque c'est lui qui a la jouissance des biens qu'il administre. Mais on ne voit pas par nos textes que cette différence influe sur les droits que la loi confère au mari en sa qualité d'administrateur. Le code suit les mêmes principes dans les divers cas où il organise une administration légale des biens d'autrui, quoique la situation des administrateurs soit très-diverse : les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent n'ont qu'un droit d'administration (article 125); de même que le mari, ils ne peuvent faire aucun acte de disposition (art. 128); cependant ils administrent des biens qui, d'après toutes les probabilités, leur appartiennent à titre d'héritiers présomptifs. Le tuteur administre des biens sur lesquels il n'a aucun droit, pas même un droit limité de jouissance, comme celui des envoyés en possession; cependant ses droits sont, en général, les mêmes que ceux des envoyés en possession, quoique ceux-ci aient un droit de jouissance. Quant au mari, il est tout ensemble administrateur et usufruitier : comme usufruitier, il a des droits que ne peut avoir le tuteur qui n'a pas la jouissance; mais, comme administrateur, sa position est la même.

126. Le mari étant administrateur des biens d'autrui,

est par cela même responsable de sa gestion. On doit lui appliquer, par voie d'analogie, l'article 450, qui dit du tuteur qu'il administre les biens du mineur en bon père de famille et qu'il répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. L'article 1428 ne reproduit pas le principe, l'obligation de gérer en bon père de famille, mais il en consacre la conséquence en déclarant le mari responsable du dommage qu'il cause à la femme par défaut d'actes conservatoires. La loi ne prévoyant qu'un cas de responsabilité, on pourrait croire que c'est le seul. Ce serait très-mal raisonner. La loi ne fait qu'appliquer un principe général, et il faut en faire l'application à tous les cas qui peuvent se présenter. Il n'y a aucune raison de limiter à un cas spécial la responsabilité du mari.

La jurisprudence est en ce sens. Une dot de 30,000 fr. est constituée à la femme; il restait dû 7,000 à 8,000 francs lorsque la mère obtint un jugement de séparation de biens: l'acte de liquidation mit le solde de la dot à la charge du père, lequel était insolvable. De là question de savoir si le mari était responsable de la perte de la dot. Ce cas ne rentrait pas dans le texte de l'article 1428, ce n'était pas le dépérissement d'un bien, c'était négligence de le réclamer; il y avait faute du mari, la mère était solvable pendant tout le temps qu'avait duré la communauté; le mari aurait donc dû demander le payement de la dot : la dot ayant péri par sa négligence, il devait réparer la conséquence de sa faute (1).

Toutefois les principes de la communauté apportent une restriction notable au droit de la femme. Supposons que le mari soit condamné à 10,000 francs de dommages-intérêts à raison de sa mauvaise gestion. Peut-elle réclamer l'intégralité de cette somme contre son mari? Oui, si elle renonce à la communauté; non, si elle l'accepte. Si elle accepte, elle doit supporter la moitié des dettes qui composent le passif. Or, les dommages-intérêts que le mari doit payer sont une dette de communauté, puisque

(1) Rejet, chambre civile, 19 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86).

toute dette du mari est une dette de communauté; la femme en supportera donc la moitié. Au premier abord, ce résultat paraît très-injuste, et on serait tenté de croire que le mari doit toute la dette, puisqu'elle procède d'une faute qui lui est personnelle. Mais il ne suffit pas d'une faute pour que le mari soit tenu à récompense, il faudrait ou que la faute fût un délit, ou que le mari en eût tiré un profit personnel; hors de là, la communauté doit supporter les dettes du mari (1). On pourrait même contester que la femme renonçante eût un droit contre son mari du chef de l'administration de ses biens; nous reviendrons sur la question.

127. Le principe est donc que le mari, comme administrateur des biens de la femme, a les droits qui appartiennent à tout administrateur des biens d'autrui. On demande si la femme peut étendre les pouvoirs que la loi donne au mari sur ses biens. A vrai dire, ce n'est pas la loi qui les lui donne, il les tient de la convention tacite que les époux forment en se mariant sans contrat. Or, il est libre aux époux de déroger à la communauté légale et de faire telles conventions qu'ils veulent. La femme est propriétaire; elle peut donc donner à son mari le pouvoir de faire des actes de disposition (2). C'est un mandat qui est régi par le droit commun.

Aux termes de l'article 1988, « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Ce principe s'applique-t-il au mandat que la femme donne au mari? Il ne peut pas s'agir d'un mandat d'administration, puisque le mari est de droit administrateur. Cela n'empêche pas que le pouvoir que la femme veut accorder à son mari de faire des actes de disposition ne doive être exprès. En faut-il conclure que ce pouvoir ne pourrait être général? Ce serait dépasser l'article 1988; tout ce qu'il exige, c'est que le pouvoir soit exprès; or, un pouvoir gé-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 175, n° 71 *bis* XXIII.
(2) Grenoble, 28 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 2, 14).

néral peut être exprès dans le sens de la loi, c'est-à-dire qu'il peut donner au mari le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer tous les biens de la femme. La cour de cassation semble assimiler la procuration générale de l'article 1988 et l'autorisation générale de l'article 223. Si telle est sa pensée, elle se trompe. L'article 223 défend au mari de donner à sa femme une autorisation générale de disposer de ses biens, parce qu'une autorisation pareille serait une abdication de la puissance maritale. Cela n'a rien de commun avec le mandat, et cela est surtout étranger au mandat que la femme donnerait à son mari. Aucun texte, aucun principe ne s'oppose à ce que ce mandat soit général, pourvu qu'il soit exprès.

Une femme donne procuration à son mari à l'effet de l'obliger à l'acquittement des dettes par lui précédemment contractées. Cette procuration est-elle expresse dans le sens de l'article 1988? Non, car l'acte ne spécifie pas les dettes, ni leur importance, dit la cour de cassation; elle en conclut que le mandat ne concernait que les actes d'administration (1). Nous doutons que tel soit le sens de l'article 1988; il n'exige pas que le mandat détaille et spécifie les actes que le mandataire est autorisé à faire, il veut que le mandat soit *exprès*, en ce sens que le mandant déclare donner pouvoir de faire des actes de disposition. La femme pourrait donner au mari mandat de vendre et d'hypothéquer tous ses biens; ce mandat serait *exprès*, quoique général. Un autre arrêt, rendu dans une espèce identique, cite l'article 223; ce qui implique que la cour met la procuration générale sur la même ligne que l'autorisation générale (2). C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts : le mari abdiquerait sa puissance maritale par une autorisation générale de disposer; tandis que la femme n'a pas de puissance, elle n'est que propriétaire; à ce titre, elle peut donner un mandat aussi étendu qu'il lui plaît, pourvu qu'elle dise qu'il comprend les actes de disposition. Par suite elle pourrait donner au mari le

(1) Rejet, 19 mai 1840 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 87).
(2) Cassation, 18 juin 1844 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 88).

pouvoir de l'obliger indéfiniment, sans qu'elle doive indiquer la nature et le montant des dettes. La loi se contente d'un mandat *exprès,* la cour exige un mandat *spécial* : c'est dépasser la loi.

N° 2. DES ACTES DE CONSERVATION.

128. Il est de principe que l'administrateur des biens d'autrui peut faire tout acte de conservation; c'est plus qu'un droit, c'est une obligation, car son premier devoir est de veiller à la conservation des biens qu'il est chargé d'administrer. L'article 450 dit du tuteur qu'il doit gérer en bon père de famille ; donc il doit, avant tout, conserver. Il en est de même du mari. L'article 1428 le déclare responsable du dépérissement des biens de la femme, causé par défaut d'actes conservatoires. Il suit de là que c'est pour le mari une obligation de faire ces actes, ce qui implique le droit de les faire.

129. Quels sont les actes conservatoires que le mari a le droit et l'obligation de faire? Ce sont d'abord les réparations. L'article 1409 met à charge de la communauté les réparations usufructuaires des immeubles de la femme. Le mari est donc tenu de les faire à un double titre, et comme chef de la communauté, puisque c'est une dette de communauté, et comme administrateur légal des biens de la femme, puisque les réparations sont un acte essentiellement conservatoire. Quant aux grosses réparations, la femme doit les supporter, mais c'est au mari de les faire ; car ces réparations sont un acte de conservation, puisqu'elles empêchent la ruine du bâtiment.

On suppose que le bâtiment tombe en ruine ; il n'y a plus de réparations qui puissent le sauver. On demande si le mari a, comme administrateur, le droit de le reconstruire. La négative a été jugée par la cour de Paris, et elle est certaine. Reconstruire n'est pas un acte de conservation ; ce pourrait être un acte d'administration analogue à un achat d'immeubles, ce qui est le placement le plus solide des économies. Mais, sous le régime de communauté, la femme n'a point d'économies à placer, puis-

que tous ses revenus appartiennent au mari. La reconstruction ne pourrait donc se faire qu'avec les capitaux de la femme; or, le mari n'a pas le droit de disposer des capitaux, il faut donc le consentement de la femme; le mari peut aliéner les immeubles de la femme avec son consentement, dit l'article 1428; par la même raison, il peut disposer de ses capitaux pour reconstruire si la femme y consent. Ce consentement peut être tacite, c'est le droit commun. La cour de Paris a jugé que la femme consent quand elle concourt aux travaux avec son mari, soit pour donner des ordres aux architectes et ouvriers, soit pour diriger et surveiller les travaux (1).

130. L'interruption de la prescription est encore un acte de conservation, puisque les droits périssent quand la prescription n'est pas interrompue. Au titre de la *Prescription*, nous dirons comment se fait l'interruption. Il n'y a aucune difficulté quand il s'agit d'un droit mobilier; le mari a le droit de poursuivre le débiteur. L'article 1428 lui donne aussi le droit d'intenter les actions possessoires; il serait, par conséquent, responsable si, faute d'agir au possessoire, la femme perdait l'avantage attaché à la possession. Mais le mari n'a pas le droit d'intenter les actions immobilières (n° 50). Il ne serait donc pas responsable pour n'avoir pas poursuivi les détenteurs des immeubles; seulement, en qualité d'usufruitier, il est soumis à l'obligation établie par l'article 604 : il doit avertir sa femme que ses immeubles sont possédés par des tiers et qu'il y a nécessité d'agir pour éviter la prescription. S'il ne le faisait pas, il manquerait à une obligation légale, sinon comme administrateur, du moins comme usufruitier; mais peu importe, puisque la responsabilité est la même. C'est une restriction au pouvoir du mari comme chef de la communauté; il n'est pas responsable à ce titre, et on pourrait dire qu'il a la jouissance des biens de la femme comme chef. Le texte de l'article 1409 répond à ce doute. Le mari est tenu des réparations usufructuaires,

(1) Paris, 4 janvier 1842, et Cassation, 14 juin 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1303).

et il est responsable s'il ne les fait pas. Il y a même raison de décider pour l'obligation que l'article 614 impose à tout usufruitier : c'est un acte de conservation aussi bien que les réparations usufructuaires.

N° 3. RECOUVREMENT DES CRÉANCES.

131. Poursuivre le recouvrement des créances et en toucher le montant est aussi un acte que les administrateurs peuvent faire. Si la loi permet seulement au mineur émancipé de recevoir ses revenus et d'en donner décharge, en lui défendant de recevoir et de donner décharge d'un capital mobilier (art. 481 et 482), c'est parce que le mineur émancipé est placé parmi les incapables ; tous autres administrateurs peuvent recevoir le payement des créances : c'est pour ce motif que la loi leur donne les actions mobilières (1).

Il suit de là que le mari a le droit de toucher le prix des ventes immobilières faites par sa femme. Lui n'a pas le droit de vendre, parce que vendre est un acte de disposition que le propriétaire seul peut faire. Une fois la vente consommée, il ne reste qu'une dette mobilière ; le mari en doit poursuivre le recouvrement, donc lui seul a qualité de recevoir ; les acheteurs ne pourraient pas payer entre les mains de la femme. C'est l'application de l'article 1239, aux termes duquel le payement doit être fait à celui qui est autorisé par la loi à recevoir pour le créancier. Ce n'est pas que le prix doive nécessairement passer par la communauté, comme le dit Troplong (2) ; il peut être délégué en vertu de l'acte de vente à un créancier de la femme ou du mari ; bien entendu que cette clause, comme la vente même, n'est valable qu'avec l'autorisation du mari.

132. De ce que le mari peut recevoir ce qui est dû à la femme, il faut se garder de conclure que, par un compte arrêté avec le débiteur, il puisse obliger la femme. La

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 344, note 9, § 510 (4e éd.).
(2) Troplong, t. I, p. 303, n° 993.

cour de cassation pose en principe que le mari ne peut pas obliger la femme envers les tiers sans son consentement exprès. Cela est trop absolu; le mari a le pouvoir d'administrer; or, on ne peut guère administrer sans s'obliger; en donnant à bail les biens de la femme, le mari s'oblige, et il oblige sa femme, qui est tenue d'exécuter le bail, alors même que la communauté est dissoute. Il faut donc dire que le mari ne peut obliger la femme que dans la limite des actes d'administration qu'il a le droit de faire. Hors de là, le mari ne peut obliger la femme sans son consentement, puisque hors de ces limites, le mari est sans pouvoir. Est-ce à dire, comme le fait la cour de cassation, qu'il faille le consentement exprès de la femme? Ce serait une dérogation au droit commun qui assimile le consentement tacite au consentement exprès. Nous venons de dire que la cour de Paris a vu un consentement valable dans le fait de surveiller et de diriger des travaux, ce qui n'est pas un consentement exprès (n° 129).

C'est avec ces restrictions que nous admettons le principe formulé par la cour de cassation. Dans l'espèce, le mari avait reçu des remises de sommes dues à la femme; la femme, de son côté, était débitrice. Si le mari s'était borné à recevoir les remises en déduction de ce que la femme devait, il serait resté dans sa mission d'administrateur; mais l'arrêté de compte aboutissait à constituer la femme débitrice; le mari obligeait donc la femme, et il ne l'obligeait pas pour un acte d'administration; il dépassait, par conséquent, la limite de ses pouvoirs (1).

133. Le mari peut-il toucher les créances de la femme lorsque le contrat de mariage contient une clause d'emploi ou de remploi? Nous avons dit en traitant de ces clauses qu'en général elles n'ont aucun effet à l'égard des tiers (t. XXI, nos 387-389). Il suit de là que les tiers doivent, malgré la clause d'emploi, payer entre les mains du mari administrateur légal. Mais la clause peut être conçue de manière qu'elle ait effet à l'égard des tiers; il faut, en ce cas, se conformer au contrat de mariage; les tiers ne

(1) Cassation, 19 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 339).

pourront plus payer au mari sans le concours de la femme si tel est l'objet de la clause. C'est l'application du droit commun. Les conventions matrimoniales peuvent être opposées aux tiers et ils en profitent, en ce sens que les droits des époux sont déterminés par le contrat de mariage; le contrat peut étendre et restreindre les pouvoirs du mari, pourvu qu'il ne soit pas contraire aux dispositions prohibitives du code civil. Les clauses de remploi sont-elles valables? Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit ailleurs. A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse; c'est l'opinion de la plupart des auteurs et elle est consacrée par la jurisprudence. Cela décide la question en ce qui concerne le droit du mari de toucher les créances de la femme; ce droit peut être limité, avec effet à l'égard des tiers (1).

N° 4. DES BAUX.

I. *Quels baux le mari peut faire.*

134. Le bail est-il un acte d'administration? D'après l'article 1429, le bail est un acte d'administration quand il ne dépasse pas neuf ans; il est considéré comme un acte de disposition quand il excède ce terme. Le code applique ce principe aux baux faits par l'usufruitier (t. VI, p. 458-469), par le tuteur (art. 1718) et par le mineur émancipé (art. 481). Il en est de même des baux faits par le mari administrateur légal; il peut faire des baux de neuf ans obligatoires pour la femme ou ses héritiers lors de la dissolution de la communauté. D'après la rigueur des principes, l'administrateur, de même que l'usufruitier, n'a le droit d'agir que pendant la durée de sa gestion; dès que son administration cesse, il est sans pouvoir. La loi déroge à ce principe en donnant force obligatoire, même après la dissolution du mariage, aux baux que le mari a faits. Nous en avons dit la raison en traitant de

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 344 et notes 12 et 13, § 510. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 327, n° 1085.

l'*Usufruit*. Il est de l'intérêt de la femme que les biens dont le mari a l'administration soient loués à des locataires soigneux et, quand il s'agit de biens ruraux, à des fermiers capables. Or, le mari ne trouverait pas des locataires et des fermiers convenables si le bail pouvait être méconnu par la femme ou ses héritiers. Qu'en résulterait il? C'est que le mari ne pourrait pas louer, ou qu'il ne louerait qu'à des conditions désavantageuses. Son intérêt comme usufruitier et l'intérêt de la femme propriétaire en souffriraient; l'intérêt général même serait lésé, puisque le développement de la richesse publique serait entravé. Les principes de droit ont dû céder devant des considérations aussi puissantes. En conséquence, les baux de neuf ans sont obligatoires pour la femme ou ses héritiers (1).

135. Faut-il conclure de là que les baux qui excèdent neuf ans sont nuls? L'article 1429 ne dit pas cela; il établit seulement en principe que ces baux ne sont obligatoires pour la femme, lors de la dissolution de la communauté, que pour une période de neuf ans. Pourquoi le mari ne peut-il pas faire des baux de plus de neuf ans obligatoires pour la femme? C'est qu'un bail à longs termes compromet l'exercice du droit de propriété. La femme ou ses héritiers, propriétaires, ont le droit de jouir comme ils l'entendent; or, s'ils étaient liés par un bail de plus de neuf ans, ils pourraient se trouver dans l'impossibilité de jouir pendant de longues années, peut-être pendant toute leur vie. De plus, leur droit de disposition serait entravé; on vend difficilement des biens grevés d'un long bail ou on les vend à des conditions défavorables; cela est vrai aussi de l'hypothèque. Il fallait donc limiter la durée des baux que peuvent faire les administrateurs; aucun intérêt légitime n'exige qu'ils dépassent la durée ordinaire de neuf ans, et dès qu'ils dépassent ce terme, ils compromettent le droit de propriété, et il serait contraire à tout principe qu'un simple administrateur pût enchaîner le droit du propriétaire. On dit d'ordinaire que les longs baux

(1) Duranton, t. XIV, p. 422, n° 310.

faits par le mari seraient suspects de fraude; nous faisons abstraction de la fraude; le mari peut être de très-bonne foi en contractant un bail à long terme, ce bail peut même être avantageux; aussi la loi ne le frappe-t-elle pas de nullité, comme elle le ferait si elle présumait la fraude. Nous reviendrons sur les baux faits en fraude de la femme (1).

136. Quel est l'effet des baux excédant neuf ans? L'article 1429 dispose qu'ils ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires à l'égard de la femme que pour neuf ans. Ce n'est donc que lors de la dissolution de la communauté que le bail est réduit à la période de neuf ans où le fermier se trouve. Pendant la durée de la communauté, la femme n'a aucun droit ni aucun intérêt à se plaindre du bail; ce n'est pas elle qui jouit, c'est le mari. Celui-ci ne peut jamais attaquer le bail qu'il a consenti et le preneur est également lié. Ainsi le bail est à l'abri de toute attaque tant que la communauté dure. C'est uniquement dans l'intérêt de la femme propriétaire que la loi limite la durée des baux que le mari peut faire; or, la femme n'a de droit qu'à la dissolution de la communauté.

Quel est le droit de la femme lors de la dissolution de la communauté? On dit d'ordinaire que le bail est nul, mais que la nullité est relative. Il y a un arrêt de la cour de Douai en ce sens (2). Cela n'est pas exact. L'article 1429 ne dit pas que le bail est nul et que la femme en peut demander la nullité; il lui donne seulement le droit d'en demander la réduction à neuf ans. La loi divise le bail en périodes de neuf ans d'après l'usage; si, à la dissolution de la communauté, le fermier se trouve encore dans la première période d'un bail de vingt-sept ans, la femme est obligée de le respecter pour tout le temps qui reste à courir de cette période; le bail est donc réduit si la femme l'exige, il n'est pas nul. Si le fermier se trouve dans la seconde période de neuf ans ou dans la troisième, il a le

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p, 60, nº 148.
(2) Douai, 18 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 20.

droit d'achever la période de neuf ans où il se trouve; le bail est donc toujours maintenu pour la période de neuf ans qui est commencée lors de la dissolution de la communauté; au delà il n'est pas obligatoire pour la femme.

L'article 1429 s'applique à tout bail; si la loi parle du *fermier*, c'est parce que les baux à longs termes ne se font guère que pour les baux ruraux. Si un bail à loyer était fait pour plus de neuf ans, il va sans dire que la loi serait applicable.

137. L'application de la loi donne lieu à quelques difficultés, que nous avons déjà examinées au titre de l'*Usufruit*. Si la femme demande la réduction du bail, le preneur aura-t-il droit à une indemnité contre le mari? On admet généralement que le preneur ne peut pas réclamer d'indemnité, à moins que le mari ne se soit porté fort pour la femme ou qu'il n'ait trompé le fermier en louant comme propriétaire. En effet, le bail qui excède neuf ans n'est pas nul, il reçoit son entière exécution pendant la durée de la communauté. Si, à la dissolution de la communauté, la femme en demande la réduction, le fermier n'a point le droit de se plaindre, car, traitant avec le mari administrateur légal, il savait que le bail ne serait obligatoire à l'égard de la femme que pour une période de neuf ans; son droit n'étant pas lésé, il ne peut pas demander de dommages-intérêts. Le fermier n'a de droit que si le mari s'est obligé à son égard soit par convention, soit par dol. Puisque le mari ne doit pas d'indemnité, il s'ensuit que la femme, qui serait légataire ou donataire universelle, n'est pas obligée de respecter le bail pour plus de neuf ans. Le bail fait par le mari est essentiellement un bail d'administration; le contrat ne doit pas même le dire, cela résulte de la qualité du bailleur; le preneur n'a donc d'autres droits que ceux que lui donne un bail d'administration, c'est-à-dire qu'il peut seulement achever la période de neuf ans où il se trouve à la dissolution de la communauté (1).

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 580, n° 462. Bruxelles, 29 juillet 1812 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1371). Duranton, t. XIV, p. 426, n° 314. Toullier, t. VI, 2, p. 353, n° 406.

138. Le mari peut-il résilier un bail qui avait été consenti, avant le mariage, par la femme? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de l'*Usufruit* sur le droit de l'usufruitier; la question est identique (1).

139. Le mari peut-il stipuler que le fermier payera par anticipation? On ne peut contester le droit du mari, puisque cette clause est d'usage, surtout dans les baux à ferme. Il ne faut pas perdre de vue que le mari a droit aux fermages comme chef de la communauté; il est donc non-seulement administrateur, il est aussi usufruitier, partant il peut faire toutes les stipulations que la loi et les principes permettent à l'usufruitier. Le mari a droit aux loyers et fermages jusqu'à la dissolution de la communauté; s'il touche par anticipation des revenus qui, de fait, n'échoient qu'après la dissolution de la communauté, il est dû récompense à la femme. Sur ce point, il n'y a pas de doute. Il y a une autre difficulté. Le mari ne peut faire que des baux d'administration; toutes les clauses du bail doivent être conçues dans l'intérêt de la femme propriétaire. A ce titre, il peut stipuler le payement anticipatif des fermages en se conformant à ce qui est d'usage. Mais le mari ne peut pas faire de bail de disposition et il ne peut pas davantage insérer dans le bail des clauses qu'un propriétaire seul a le droit de stipuler, parce que ces clauses pourraient nuire à la femme; toute convention qui est faite dans le seul intérêt du mari, et qui peut compromettre les droits de la femme, est nulle comme dépassant le pouvoir d'administration du mari. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où le preneur s'obligeait à endosser les valeurs fournies par le mari jusqu'à concurrence de 25,000 francs; tous les loyers à courir étaient spécialement affectés au remboursement de cette somme. La cour d'appel avait déclaré cette clause valable en posant comme principe que le mari a le droit absolu de disposer par anticipation des loyers à échoir, même après la dissolution de la communauté. C'était reconnaître

(1) Jugé que le mari peut résilier le bail. Paris, 26 avril 1850 (Dalloz, 1851, 2, 180).

à un administrateur les droits qui n'appartiennent qu'au propriétaire. L'arrêt a été cassé : la cour suprême dit très-bien que le mari ne peut faire qu'un bail d'administration; elle en conclut que c'est aux juges du fait à examiner et à décider si les clauses du payement anticipatif, comme toutes autres clauses, sont ou non des actes d'administration; lorsqu'elles sont faites dans l'intérêt d'une bonne gestion, les clauses sont valables; quand elles ont été stipulées dans l'intérêt du mari et au préjudice de la femme, elles sont nulles (1).

140. L'article 1429 dit : « Les baux que le mari *seul* a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans ne sont obligatoires à l'égard de la femme que pour la période de neuf ans où le fermier se trouve lors de la dissolution de la communauté. » Cela suppose que si le mari ne contracte pas seul, c'est-à-dire si la femme concourt à l'acte, le bail n'est plus soumis aux restrictions que la loi impose au mari administrateur. Il ne s'agit plus alors d'un bail d'administration, puisque c'est le propriétaire qui le consent, et le propriétaire a un droit absolu de jouissance et de disposition. Mais comme, sous le régime de communauté, le mari a la jouissance des biens, la femme seule ne pourrait pas consentir le bail, elle peut seulement concourir avec le mari; dans ce cas, le bail sera un acte de disposition et pourra contenir toutes les clauses qu'un propriétaire a le droit de consentir, soit quant à la durée, soit quant aux conditions du bail. Ainsi le bail pourrait stipuler le payement anticipatif des loyers et fermages sans limitation aucune (2).

II. *Du renouvellement des baux.*

141. Aux termes de l'article 1430, le mari peut renouveler le bail, trois ans avant son expiration s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons. Pourquoi la loi permet-elle au mari de renouveler les baux, deux ou trois ans avant qu'ils pren-

(1) Cassation, 18 août 1868 (Dalloz, 1868, 1, 371).
(2) Duranton, t. XIV, p. 423, n° 30.

nent fin? C'est un acte de bon père de famille que de renouveler les baux avant leur expiration, afin de s'assurer que les biens seront loués sans interruption. Que si le preneur ne consent pas à renouveler le bail, il faut au mari un temps suffisant pour trouver un nouveau locataire et un nouveau fermier. Et comme il est plus difficile de trouver un bon fermier qu'un bon locataire, la loi accorde un délai plus long pour les baux à ferme que pour les baux à loyer (1).

142. Le renouvellement des baux ne peut pas se faire avant l'époque fixée par la loi. Ce n'est pas qu'un renouvellement fait avant le terme de trois ou de deux ans soit présumé frauduleux; la loi ne se préoccupe que de l'intérêt et des droits des parties; si le mari comme usufruitier était intéressé à renouveler le bail plus tôt, la convention ne serait pas obligatoire pour la femme, parce qu'elle léserait son droit de propriétaire en contrevenant indirectement aux limites tracées par l'article 1429. Le mari ferait un bail de neuf ans, puis dans l'année même, il le renouvellerait pour une seconde période de neuf ans, ce qui lierait la femme pour dix-sept ou dix-huit ans, tandis que la loi ne permet de la lier que pour un terme de neuf ans.

Le renouvellement anticipé est-il nul? On pourrait le croire, d'après les termes de l'article 1430; la loi dit que les baux renouvelés plus de trois ou de deux ans avant leur expiration sont *sans effet*. Cela veut-il dire que les baux sont nuls? Pour comprendre le sens de cette expression, il faut combiner l'article 1430 avec l'article 1429 qui établit le principe dont l'article suivant n'est qu'une conséquence. Que dit l'article 1429? Que le bail excédant neuf ans n'est *pas obligatoire pour la femme;* le bail n'est pas nul, le mari est lié ainsi que le preneur, ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que la femme peut demander la réduction du bail. L'article 1430 doit être entendu dans le même sens; le bail renouvelé trois ou deux ans avant l'expiration est *sans effet* à l'égard de la femme, en ce sens qu'elle n'est pas obligée; elle peut demander

(1) Troplong, t. I, p. 310, n° 1026.

qu'il soit limité à la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve. Mais le preneur ne peut pas demander la nullité du bail : ce n'est pas dans son intérêt, c'est dans celui de la femme que la loi restreint le droit de renouveler le bail, comme elle restreint la faculté de le consentir ; la femme seule peut donc demander que le bail soit ramené dans les termes de la loi (1).

Ainsi le renouvellement du bail ne sera pas obligatoire pour la femme s'il est fait plus de trois ou de deux ans avant son expiration. La loi ajoute néanmoins une restriction : « A moins que l'exécution du bail renouvelé n'ait commencé avant la dissolution de la communauté. » On applique, dans ce cas, la disposition de l'article 1429 ; tout bail fait ou renouvelé par le mari est valable comme bail d'administration, c'est-à-dire pour la période de neuf ans où le fermier se trouve quand la communauté se dissout. Il suit de là que le bail resterait sans effet si l'exécution n'en avait pas commencé, alors même que l'on serait dans le délai de trois ou de deux ans dans lequel le renouvellement pourrait se faire. Le mari a fait ce qu'il n'avait point le droit de faire en renouvelant le bail avant l'époque fixée par la loi ; et il n'a pas fait ce qu'il pouvait faire en renouvelant le bail à cette époque ; donc l'acte ne peut obliger la femme. Si l'exécution du bail l'oblige, c'est par le motif que nous venons de dire ; elle est toujours obligée par un bail d'administration (2).

143. Il reste une légère difficulté de texte. La loi dit : « Les baux de *neuf ans ou au-dessous* que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme plus de trois ans ou plus de deux ans avant l'expiration du bail courant sont sans effet. » De ce que l'article 1430 ne parle que des baux de neuf ans et au-dessous, faut-il conclure que les baux qui excèdent neuf ans ne sont pas soumis à cette disposition restrictive? ou que ces baux sont sans effet, alors même que l'exécution en aurait commencé avant la dissolution de la communauté? Cette dernière

(1) Duranton, t. XIV, p. 424, n° 311.
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 356, n° 412.

opinion a été émise par Proudhon (1); elle est restée isolée. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute, elle est générale. Quant au texte, il ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Ce n'est que par un argument *à contrario*, tiré du silence de la loi, qu'on arrive à la distinction que nous combattons, et la distinction témoigne contre ce mode d'argumenter; on ne doit s'en servir que lorsqu'on peut s'appuyer sur l'esprit de la loi. Or, dans l'espèce, l'esprit de la loi est si évident que l'on doit repousser toute induction fondée sur le silence du code, parce qu'elle aboutirait à faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire.

III. *Des baux frauduleux.*

144. On confond parfois le bail que les articles 1429 et 1430 déclarent non obligatoire pour la femme avec les baux que le mari a faits en fraude de ses droits. Il y a une différence qui est évidente : le bail frauduleux est nul, comme tout acte que le mari fait en fraude de la femme, tandis que le bail consenti en contravention des articles 1429 et 1430 est valable comme bail d'administration; il ne lie pas la femme comme bail de disposition. La femme peut demander la réduction du bail irrégulier fait par le mari dès qu'il a excédé ses pouvoirs. Quand elle agit en nullité, elle doit prouver que le bail est frauduleux. Cette preuve est souvent très-difficile, de sorte que si la femme peut agir par l'une ou l'autre action, elle préférera de demander la réduction du bail. Mais elle ne peut pas toujours demander la réduction. Si le mari n'a fait qu'un bail de neuf ans ou s'il l'a renouvelé moins de trois ou de deux ans avant l'expiration du bail, l'acte est valable; il oblige la femme, à moins qu'il n'ait été fait en fraude de ses droits; dans ce cas, la femme doit agir en nullité si elle veut se soustraire aux obligations d'un bail qui lui est préjudiciable (2).

145. Quand le bail est-il frauduleux? C'est une ques-

(1) Proudhon, t. III, p. 186, n° 1213. En sens contraire, Rodière et Pont, t. II, p. 214, n° 922, et tous les auteurs.
(2) Comparez le tome VI de mes *Principes*, p. 578, n° 460.

tion de fait. Le préjudice ne suffit point, il faut qu'il y ait dessein de frauder, ce qui arrive quand le mari tire un profit illicite du bail, en stipulant un prix vil qui obligerait la femme, tandis que lui a reçu des pots-de-vin du preneur sans en faire part à la femme. C'est le cas supposé par Ferrière dans son *Commentaire sur la coutume de Paris*. Nous ne trouvons pas dans la jurisprudence l'exemple d'un bail frauduleux. Le bail que la cour d'Angers a annulé avait été fait par le mari pendant une instance en séparation, ce qui le rendait annulable par suite de la rétroactivité du jugement de séparation (1). Toullier rapporte un exemple qu'il est bon de faire connaître : c'est un trait de mœurs. Un homme, qu'une place dans la magistrature et sa régularité à remplir scrupuleusement tous les devoirs et toutes les pratiques de la religion romaine (c'est l'expression de Toullier) semblaient mettre au-dessus du soupçon, avait une sœur, usufruitière d'une très-belle métairie et atteinte depuis longtemps d'une maladie incurable et désespérée. Il s'agissait de renouveler le bail de ladite métairie. Le magistrat se rendit dans la chambre de la malade avec le notaire et le fermier; le bail fut renouvelé pour neuf ans moyennant un pot-de-vin; le fermier paya un à-compte et signa un billet pour le restant de la somme; le magistrat, héritier présomptif de sa sœur, se saisit du billet. Trois mois après, la sœur mourut et l'usufruit s'éteignit. Le propriétaire vint demander à l'héritier si le bail était renouvelé. Notre zélé catholique répondit qu'il n'en savait rien, que sa sœur ne le consultait pas sur ses affaires. Le fermier était intéressé à maintenir son bail, et c'est sur cela que le magistrat avait spéculé; mais ayant acheté une grande partie de la métairie, le fermier eut intérêt à révéler la convention et le pot-de-vin. Convaincu de mensonge, le magistrat n'osa nier, mais il cacha sa fraude et sa honte, autant que la chose était possible, en gardant le billet signé par le fermier et soutint toujours qu'il n'en avait jamais eu connaissance (2).

Voilà un bail renouvelé en fraude des droits du pro-

(1) Angers, 16 août 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1930).
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 355, n° 409.

priétaire. Il était régulier, puisque le renouvellement avait eu lieu à l'époque légale. Le bail *nouveau* obligeait donc le propriétaire. Mais il pouvait en demander la nullité pour cause de fraude, et la fraude était manifeste, d'après les faits tels que Toullier les rapporte. Si ces faits avaient été prouvés, le juge aurait dû annuler le bail, quoique ce ne fût qu'un bail d'administration.

N° 5. DES ACTIONS.

146. Aux termes de l'article 1428, « le mari peut seul exercer toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. » Qu'entend-on par actions mobilières *appartenant* à la femme? Tous ses droits mobiliers présents et futurs entrant en communauté, le mari exerce les actions qui y sont attachées comme chef de la communauté et non comme administrateur des biens de la femme. Il faut donc supposer que la femme a des propres mobiliers, ce qui est rare sous le régime de communauté légale; les actions concernant ces propres appartiennent à la femme; si le mari a le droit de les exercer, c'est à titre d'administrateur (1). Pourquoi la loi donne-t-elle au mari le droit d'exercer seul, c'est-à-dire sans le concours de la femme, les actions mobilières de celle-ci? C'est un principe traditionnel et qui ne s'explique que par le peu d'importance que l'on attachait jadis aux droits mobiliers; le code donne les actions mobilières au tuteur, aux envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, tandis que tous ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration n'ont pas le droit d'exercer les actions immobilières. De raison juridique de cette différence, il n'y en a point. Si les administrateurs ne peuvent agir en justice relativement aux droits immobiliers, c'est que les actions judiciaires sont considérées comme des actes de disposition, et ceux qui administrent les biens d'autrui n'en peuvent pas disposer. Or, ils ne peuvent pas plus disposer des meubles que des immeubles, comme nous le dirons plus loin du

(1) Duranton, t. XIV, p. 427, n° 315.

mari; donc logiquement ils ne devraient pas avoir le droit d'ester en justice (1). La règle de l'article 1428 est une de ces dispositions traditionnelles que le code a consacrées, parce qu'il les trouvait dans la tradition.

147. Le mari exerce aussi seul les actions possessoires qui appartiennent à la femme. Ces actions concernent les immeubles; elles devraient donc, en théorie, être exercées par le propriétaire. Si la loi les donne au mari administrateur, c'est parce que ce sont des actes conservatoires; elles tendent, en effet, à conserver la possession ou à la recouvrer. Cette règle aussi est traditionnelle, et c'est, sans doute, à ce titre que les auteurs du code l'ont consacrée (2).

148. Du principe que le mari exerce *seul* les actions mobilières et possessoires de la femme, il suit que le mari représente la femme comme son mandataire légal, soit en demandant, soit en défendant. Par conséquent, la femme est partie au procès; le jugement lui profite et peut lui être opposé, sans qu'elle ait le droit de l'attaquer par la voie de la tierce opposition; elle n'est pas un tiers quant à ce qui a été jugé, puisqu'elle est partie en cause. La conséquence est grave, car il se peut que la femme ait été mal défendue; elle n'a, dans ce cas, de recours que contre le mari comme administrateur responsable (3).

149. L'article 1428 ne dit rien des actions immobilières; il est certain, malgré le dissentiment de Toullier, que le mari n'a point le droit de les exercer. C'est un principe général suivi par le code; ceux qui administrent les biens d'autrui n'ont pas les actions immobilières, ce qui est parfaitement juridique : le pouvoir d'administrer n'implique pas le pouvoir de disposer; or, agir en justice, c'est disposer. Nous renvoyons à ce qui a été dit du pouvoir du mari comme chef de la communauté.

Si le mari exerçait une action immobilière de la femme, le défendeur pourrait le repousser par une fin de non-

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 246, n° 188, et le tome V, p. 76, n° 66.
(2) Duranton, t. XIV, p. 423, n° 317.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 344 et note 11, § 510 (4e éd.).

recevoir fondée sur le défaut de qualité. Il a été jugé que cette exception étant péremptoire au fond ne se couvre par aucun acte de procédure du défendeur et peut, par conséquent, être proposée en tout état de cause (1).

Il suit du même principe que la femme n'est pas représentée par son mari dans les instances où il figure seul; partant le jugement ne peut lui être opposé, elle est tiers et peut former tierce opposition (2). Sur ce point, tout le monde est d'accord, même ceux qui reconnaissent au mari le droit d'agir, ce qui est peu conséquent; car si le mari avait le droit d'exercer les actions immobilières, la femme serait partie au procès, et il en faudrait conclure qu'elle est liée par le jugement.

150. Nous avons dit plus haut que le mari a le droit d'exercer les actions immobilières de la femme, en tant qu'il y a intérêt comme usufruitier. Il agit, dans ce cas, non comme administrateur des biens de la femme, mais comme chef de la communauté. De là suit qu'il ne représente pas sa femme; celle-ci n'est pas partie en cause et, par conséquent, le jugement ne peut lui être opposé (3).

151. L'action immobilière intentée par le mari, soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur légal, interrompt-elle la prescription? Nous reviendrons sur la question au titre qui est le siége de la matière.

152. Il y a une action particulière concernant les biens de la femme et qui exige dans celui qui l'exerce une capacité particulière, c'est l'action en partage. L'article 818 pose le principe; nous l'avons expliqué ailleurs (t. X, n° 251); il reste à l'appliquer à la communauté légale. Le mari peut, sans le concours de la femme, provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus qui tombent dans la communauté. Sous le régime de la communauté légale, les successions mobilières seules entrent dans l'actif; le mari a donc le droit d'agir en qualité de seigneur des actions, comme disait la coutume de Paris.

(1) La Haye, 22 novembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 292).
(2) Paris, 23 mai 1872 (Dalloz, 1872, 2, 169).
(3) Liége, 26 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 171).

Quant aux successions immobilières, elles restent propres à la femme; elle seule peut exercer l'action en partage avec autorisation du mari ou de justice. L'article 818 dit qu'à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme. C'est, à vrai dire, la femme qui agit, autorisée de son mari, car le mari est sans qualité. Toutefois l'article 818 lui donne le droit de demander le partage provisionnel lorsqu'il a le droit de jouir des biens. Or, sous le régime de communauté légale, le mari a la jouissance des propres immobiliers; il peut donc en demander le partage provisionnel à titre d'usufruitier.

La plupart des successions sont partie mobilières, partie immobilières; il faudra donc le concours des deux époux pour en demander le partage: du mari à raison des meubles qui tombent en communauté, et de la femme à raison des immeubles qui lui restent propres. Si le mari agissait seul, il ne pourrait demander que le partage provisionnel des immeubles.

L'article 818 ajoute que les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme. Cette disposition se rapporte aux successions immobilières dont la loi vient de parler. Quant aux objets mobiliers échus à la femme, le mari ayant le droit d'en demander le partage sans le concours de la femme, il peut aussi y défendre sans son concours.

N° 6. DU DROIT DE DISPOSER.

I. *Des immeubles.*

153. L'article 1408 porte que le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme sans son consentement. C'est l'application d'un principe élémentaire. Le droit d'aliéner est un des attributs de la propriété; en principe, le propriétaire seul peut aliéner. La loi s'exprime donc inexactement en disant que le mari ne peut aliéner qu'avec le consentement de la femme; ce n'est pas lui qui aliène, c'est la femme qui aliène avec autorisation du mari ou de justice.

Le mot *aliéner* comprend tout acte de disposition; la coutume de Paris énumérait les actes que le mari ne peut faire : elle disait « que le mari ne peut vendre, échanger, faire partage ou licitation, charger, obliger ni hypothéquer le propre héritage de sa femme sans le consentement de sa femme; et icelle de par lui autorisée à cette fin ». Cette énumération était inutile; le principe, tel que le code le formule, suffit : le mari ne peut faire aucun acte de disposition.

154. La jurisprudence a appliqué le principe en ce sens. Il a été jugé que le mari ne peut, sans le concours de sa femme, consentir l'ouverture d'une carrière et d'une minière dans un fonds qui est personnel à la femme, parce que cette ouverture constitue une aliénation de droits immobiliers : c'est, en effet, disposer d'une partie du sol (1).

155. Si le mari aliène un propre immobilier de la femme, celle-ci peut-elle le revendiquer? C'est une question très-controversée, et il faut qu'il y ait des doutes sérieux, puisque Pothier a changé d'opinion. Quand la femme renonce à la communauté, son droit est certain, elle peut revendiquer, comme tout propriétaire en a le droit; on ne peut lui opposer la vente faite par son mari, c'est une convention qui lui est étrangère; par le fait de sa renonciation, elle est considérée comme n'étant pas femme commune, donc elle n'est liée par aucun acte émané de son mari; elle est dans la situation de tout propriétaire dont un tiers, sans droit aucun, aurait aliéné la chose; elle conserve son droit de propriété, et elle peut l'exercer par la revendication.

Il n'en est plus de même quand la femme accepte la communauté. Le mari qui vend un immeuble appartenant à sa femme est tenu de la garantie; l'obligation de garantir l'acheteur contre l'éviction tombe-t-elle dans la communauté? Si elle y tombe, la femme qui accepte en est-elle tenue pour le tout? ou n'en est-elle tenue que pour moitié? Si la femme doit garantir l'acheteur, peut-elle

(1) Amiens, 30 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1308).

l'évincer en revendiquant l'immeuble contre lui? Telles sont les questions qui surgissent en cette matière, toutes sont plus ou moins douteuses.

La femme acceptante est-elle tenue de la garantie? Pothier enseigne l'affirmative dans son *Traité de la vente*, et nous la croyons incontestable. Le mari est garant; or, toute dette du mari est dette de communauté; c'est une règle sans exception quand il s'agit des rapports du mari avec les tiers. Si la garantie est une dette de la communauté, la femme en est tenue, comme de toute dette commune, pour moitié. Obligée de garantir l'acheteur contre l'éviction, elle ne peut pas l'évincer, au moins elle ne le peut pas pour la moitié dont elle doit garantie (1); nous laissons de côté pour le moment cette face de la question. Il nous faut établir avant tout que la femme est garante.

Après avoir enseigné, dans son *Traité de la vente*, que la femme qui accepte est tenue de la garantie, Pothier a professé l'opinion contraire dans son *Traité de la communauté*. C'était l'opinion générale dans l'ancien droit. Pour que la femme ne soit pas garante, il faut admettre que l'obligation de garantie ne tombe pas à charge de la communauté; c'est ce que Pothier essaye de démontrer. La loi, dit-il, donne au mari le droit d'obliger la communauté et, par suite, la femme si elle accepte; mais la loi ne permet pas au mari de charger la communauté par la vente qu'il ferait d'un propre de la femme; loin de là, elle lui défend de l'aliéner sans le consentement de la femme. Donc s'il vend, il n'agit pas comme chef de la communauté, il contracte seul, en son nom personnel; partant la communauté n'est pas tenue de l'obligation de garantie, cette dette reste personnelle au mari. Si le principe est vrai, la conséquence est évidente : la garantie n'étant pas une dette de communauté, elle ne devient pas une dette de la femme; et si la femme n'est pas garante, rien ne l'empêche d'évincer l'acheteur; donc elle peut revendiquer contre lui, et naturellement tout l'immeuble, puisqu'elle n'est pas plus tenue de la garantie pour moitié que pour le tout (2).

(1) Pothier, *De la vente*, n° 179. Toullier, t. VI, 2, p. 216, n° 226.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 253.

L'argumentation de Pothier nous paraît d'une faiblesse extrême. Il oublie les principes qu'il a posés sur les pouvoirs du mari. Comme seigneur et maître des biens communs, le mari a un pouvoir absolu d'obliger la communauté à l'égard des tiers, il n'y a pas à considérer s'il a ou non le droit de faire l'acte par lequel il l'oblige. Est-ce que le mari a le droit de commettre des crimes? Néanmoins il oblige la communauté par ses crimes, et la femme est obligée de ce chef, si elle accepte la communauté. Si le mari oblige la communauté par ses crimes, pourquoi ne l'obligerait-il pas par ses fautes, ou par ses quasi-délits? Car le fait de vendre un propre de la femme n'est pas autre chose. Pothier dit qu'il faut le consentement de la femme pour que le mari puisse vendre un de ses propres; il en conclut que l'obligation de garantie reste personnelle au mari. C'est oublier quel est l'effet de l'acceptation de la communauté; en acceptant, la femme consent, elle s'approprie l'acte du mari, elle est censée avoir parlé au contrat, elle y est partie; pourquoi donc ne serait-elle pas tenue des suites de cette obligation comme des suites de toute autre obligation que le mari contracte sans le consentement actuel de la femme, et même malgré son opposition?

L'opinion que nous combattons était généralement admise dans l'ancien droit. Pothier, en s'y ralliant, ne l'accepta pas avec ses conséquences; il dit que la communauté n'est tenue que de la restitution du prix, tandis que les auteurs enseignaient tous que la communauté doit payer les dommages-intérêts résultant de l'éviction, cette dette étant une dette ordinaire et n'ayant absolument rien de personnel au mari. Telle est aussi l'opinion des auteurs modernes qui suivent la tradition (1); la conséquence n'est pas de nature à nous réconcilier avec le principe. A quel titre le vendeur doit-il les dommages-intérêts en cas d'éviction? Il les doit parce qu'il est tenu de la garantie; il doit garantir l'acheteur, c'est-à-dire le défendre contre l'éviction : s'il ne peut ou ne veut pas le défendre, il est obligé

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 349, note 26, § 510 (4e édit.).

de réparer le dommage que l'éviction lui cause; les dommages-intérêts sont donc une suite nécessaire de l'obligation de garantie. Conçoit-on que la communauté doive payer les dommages-intérêts alors qu'elle ne serait pas obligée de garantir? Si l'obligation de garantie est personnelle, les conséquences qui en résultent doivent aussi être personnelles au mari; et si les conséquences ne sont pas personnelles, c'est que l'obligation elle-même ne l'est point (1).

Les auteurs modernes qui acceptent la seconde opinion de Pothier n'ont rien dit qui puisse lui assurer une plus grande autorité. On prétend que l'*erreur* de la doctrine que nous soutenons vient de ce que nous confondons l'obligation de la femme commune qui accepte avec l'obligation de l'héritier. Celui-ci, dit-on, succède à toutes les obligations du défunt; il n'en est pas de même de la femme: simple associée, elle est seulement tenue, à ce titre, de la moitié des dettes qui tombent à charge de la communauté (2). Si *erreur* il y a, elle a pour auteur Pothier lui-même, car il dit que la femme acceptante est censée avoir contracté avec son mari toutes les dettes dont elle doit payer la moitié. Elle est donc partie au contrat de vente, elle vend avec son mari; donc elle est tenue de la garantie par son propre fait, l'acceptation, qui équivaut à un consentement donné lors du contrat. Que si la femme n'est pas censée avoir concouru à l'acte de vente, si cette vente est personnelle au mari comme lui étant défendue, de quel droit met-on à la charge de la femme les dommages-intérêts qui résultent de la garantie? On cherche vainement à échapper au reproche d'inconséquence, l'inconséquence est palpable : garantir veut dire défendre ou payer; c'est une seule et même obligation; celui qui n'est pas tenu de l'une ne saurait être tenu de l'autre. En fait, garantir veut dire payer les dommages-intérêts résultant de l'éviction, parce que le vendeur, le plus souvent, n'essaye pas même de défendre l'acheteur. Comment le mari défendrait-il

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 171, n° 71 *bis* XVII
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 348, note 24, § 510 (4e éd.).

l'acheteur à qui il a vendu un propre de sa femme? Donc pour lui l'obligation de garantie consiste à payer des dommages-intérêts; dire qu'il doit payer les dommages-intérêts et qu'il n'est pas tenu de la garantie, c'est dire une chose qui, à notre avis, n'a point de sens.

156. La femme acceptante est donc tenue de la garantie. La doit-elle pour le tout, ou ne la doit-elle que pour moitié? Là est la vraie difficulté, et elle est grande. Pothier, dans son *Traité de la vente*, dit que la femme n'étant tenue de la garantie que comme femme commune, ne doit la garantie que pour moitié, comme elle n'est obligée que pour moitié de toutes les dettes de communauté qu'elle n'a point personnellement contractées. C'est notre avis (1). On objecte que la garantie est indivisible; que si la femme est obligée de garantir, elle y est tenue nécessairement pour le tout; on en conclut qu'elle ne peut rien revendiquer, car celui qui doit garantir ne peut pas évincer. La question de savoir si l'obligation de garantie est indivisible est controversée; nous dirons, au titre de la *Vente*, qu'à notre avis la garantie est indivisible. Comment concilier cette indivisibilité avec l'opinion de Pothier que nous adoptons? N'est-il pas absurde de dire que la femme est tenue de la garantie pour moitié alors qu'il s'agit d'une obligation qui ne comporte pas de parties? Nous répondons que l'obligation de garantie est indivisible, en ce sens que le vendeur doit garantir tout ce qu'il vend. Mais supposons qu'il y ait deux vendeurs : chacun ne sera vendeur que pour moitié, chacun ne doit donc garantir que la moitié qu'il vend; ce n'est pas diviser une obligation indivisible, c'est limiter l'obligation de garantie à ce qui fait l'objet de la vente. Or, telle n'est-elle pas la situation de la femme qui accepte la communauté? Elle s'approprie la vente. Qu'est-ce à dire? Cela signifie-t-il que la femme est censée avoir vendu tout l'immeuble? Non, car ce serait effacer le contrat de vente fait par le mari et lui en substituer un autre fait par la femme. Or, cela est impossible. Le mari a vendu; voilà un fait accompli qu'aucune puissance

(1) Amiens, 18 juin 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2493).

humaine ne saurait effacer. Si la femme accepte, elle est censée avoir concouru à la vente ; donc il y a deux vendeurs, chacun pour moitié. La femme, venderesse pour moitié, doit garantie de cette moitié ; elle ne doit pas garantie de la moitié vendue par le mari, puisqu'elle n'en est pas venderesse (1).

157. Nous avons supposé que le mari est tenu à garantie comme vendeur et que la femme s'approprie cette obligation de garantie en acceptant. Il se peut que le mari ne doive pas garantie; dans ce cas, rien n'empêchera la femme de revendiquer, puisqu'on ne peut pas repousser son action par l'exception de garantie. Or, le mari ne doit pas garantie quand il vend un propre de la femme, non comme en étant propriétaire, mais en qualité d'administrateur légal des biens de la femme. Le mari ne s'oblige pas, dans ce cas, à transférer la propriété de la chose, puisque la qualité même en laquelle il agit exclut toute idée de translation de propriété, l'administrateur ne pouvant pas disposer. Par suite, il ne peut s'agir de garantie ; l'acheteur achète dans la supposition que la femme acceptera la communauté, ce que régulièrement elle fait (2). Voilà pourquoi la jurisprudence n'a pas eu à s'occuper de ces questions, qui sont si vivement débattues sur le terrain de la doctrine. Nous n'insistons pas sur ce point, parce que nous devons traiter la question de principe au titre de la *Vente*.

158. En supposant que la femme puisse revendiquer, naît la question de savoir si elle peut agir pendant la durée de la communauté. La question est controversée. Il nous semble que l'on a confondu, dans ce débat, le principe et l'application qui en doit être faite à l'espèce. En théorie, il faut dire, avec la cour de Gand, que tout droit donne ouverture à une action qui peut être exercée immédiatement, à moins que la loi ne fasse exception à la règle. Y a-t-il une exception pour la femme mariée? Elle est propriétaire, elle a le droit de revendiquer : est-ce qu'une loi ou un principe l'empêche d'agir en revendica-

(1) Marcadé, t. V, p. 538, n° III de l'article 1428.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 167, n° 71 *bis* XI.

tion pendant le mariage? On prétend que l'exception résulte de l'article 2256, qui suspend la prescription des droits de la femme pendant le mariage, dans les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari, et la loi cite précisément le cas où le mari, ayant vendu le bien propre de la femme sans son consentement, est garant de la vente. La cour de Gand répond que la suspension de la prescription n'empêche pas la femme d'agir et n'implique aucune incapacité d'agir; ce qui est évident. La prescription ne court jamais contre les mineurs : est-ce à dire que le tuteur ne puisse et ne doive agir pour poursuivre les droits du mineur? Quant à la femme, le législateur a craint qu'elle n'eût de la répugnance à agir, alors qu'elle sait que l'action réfléchira contre le mari; c'est pour ne pas l'obliger à agir qu'il suspend la prescription, mais il ne la prive pas du droit d'agir (1).

Telle est la décision de la question en théorie. On nous oppose la tradition. Troplong a accumulé tout ce qu'ont dit les auteurs anciens; il faut l'entendre pour se faire une idée de la confusion de toutes choses qui règne chez cet auteur et, il faut l'avouer, dans la doctrine en ce qui regarde notre débat. Avant tout, constatons que les auteurs anciens étaient divisés; ce qui leur ôte toute autorité, puisque l'on ne sait quelle opinion le code a entendu consacrer, la difficulté n'étant pas prévue par nos textes. La femme, dit Troplong, est sans intérêt, car les fruits appartiennent, non à elle, mais à la communauté. Cela revient à dire que le nu propriétaire ne peut pas revendiquer, ce qui est une vraie hérésie. Un usurpateur détient mon fonds, il le dégrade, et parce que l'usufruitier n'agit pas il faudra que je laisse faire! Le propriétaire a toujours intérêt à exercer son droit. La femme, ajoute-t-on, ne peut pas critiquer l'aliénation que le mari a faite, car il est censé avoir vendu le droit qu'il a aux fruits. Ainsi la femme n'aurait pas le droit de revendiquer; s'il en est ainsi, à quoi bon discuter si elle peut revendiquer pendant la durée de la communauté? Après cela, on dit qu'il ne convient

(1) Gand, 8 juin 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 144).

pas que la femme intente des actions qui retombent sur le mari. Le législateur a tenu compte de ce sentiment de convenances; mais tout ce qu'il en a conclu, c'est que la femme n'est pas obligée d'agir, la prescription étant suspendue en sa faveur. Mais de ce que la femme peut ne pas agir, conclura-t-on qu'elle n'a pas le droit d'agir? Que les lois romaines blâment la femme qui préfère son profit à l'amitié maritale, que nous importe? La femme répondra que c'est son affaire. Ai-je ou n'ai-je pas le droit d'agir? dira-t-elle. Si j'ai le droit d'agir, les convenances me regardent. Troplong conclut que l'opinion qu'il vient de motiver si singulièrement est la seule juridique (1)! C'est celle de tous les auteurs modernes, dit-il.

Cela n'est pas même exact. Les auteurs distinguent : ils permettent à la femme d'agir avec autorisation du mari; ils n'admettent point qu'elle puisse agir avec autorisation de justice (2). Cette distinction est arbitraire. Ce que la femme peut faire, autorisée du mari, elle peut le faire aussi, autorisée du juge. Là n'est point la vraie difficulté. La solution de la question dépend du droit que la femme a de revendiquer. Si l'on croit, avec la tradition, que la femme n'est pas tenue de la garantie, qu'elle peut revendiquer, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, rien ne s'oppose à ce qu'elle agisse immédiatement; elle est dans la situation de tout propriétaire dont on a vendu la chose, et qui peut la revendiquer quand il lui plaît. Mais il n'en est pas ainsi si l'on admet que la femme acceptante doit garantie. Son droit d'agir est subordonné, dans ce cas, au parti qu'elle prendra lors de la dissolution de la communauté : renonce-t-elle, elle pourra revendiquer; accepte-t-elle, elle ne le pourra que pour moitié; dans notre opinion, elle ne le pourra pas même pour partie si l'on croit devoir appliquer le principe de l'indivisibilité. Comment la femme pourrait-elle revendiquer alors que l'on ne sait point si elle aura jamais le droit d'agir?

(1) Troplong, t. I, p. 302, n° 988. Comparez Bastia, 6 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 303).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 348, notes 25 et 26. Rodière et Pont, t. II, p. 206, n° 913.

159. La femme, dans notre opinion, ne peut agir qu'à la dissolution de la communauté. Elle peut revendiquer pour le tout si elle renonce, elle peut revendiquer pour moitié si elle accepte. La femme a encore une autre action contre son mari, action en dommages-intérêts fondée sur ce qu'il a manqué à ses devoirs d'administrateur : au lieu de conserver les biens de la femme, comme il y est tenu, il en a disposé, violant en cela l'article 1428. Le mari est responsable, donc tenu des dommages-intérêts. C'est à la femme à voir laquelle des deux actions il lui convient d'exercer; si l'immeuble était dégradé, déprécié, elle aurait intérêt à agir contre le mari, en supposant celui-ci solvable. Il ne pourrait pas repousser l'action de la femme en la renvoyant à agir contre le tiers détenteur, il est personnellement obligé et tenu de remplir son obligation. Il ne saurait y avoir de doute sur ce point (1).

160. La femme peut renoncer au droit qu'elle a d'agir soit contre le mari, soit contre le tiers détenteur. C'est une confirmation; il faut donc appliquer les principes qui régissent la confirmation (2). Il a été jugé que la femme séparée de biens, qui exerce ses reprises contre son mari, ne confirme pas par là la vente que celui-ci a faite d'un propre de sa femme. Celui qui a deux droits ne renonce pas à l'un de ses droits en exerçant l'autre. Les renonciations sont de droit étroit; la femme séparée de biens est obligée d'agir contre son mari, parce qu'elle doit exécuter le jugement dans le délai fixé par la loi. C'est une raison décisive qui empêche de se prévaloir contre elle des poursuites qu'elle dirige contre son mari pour en induire une renonciation au droit qu'elle a de revendiquer son immeuble. Il en serait ainsi quand même la communauté serait dissoute par le divorce ou par la mort du mari. La femme a deux droits essentiellement différents, une action personnelle en dommages-intérêts et une action réelle en revendication. Elle peut préférer d'agir contre le mari ou ses héritiers par voie de récompense; mais si cette action

(1) Troplong, t. I, p. 302, n° 986. Aubry et Rau, t. V, p. 349, note 27, § 510.
(2) Colmar, 14 mai 1813 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1318).

n'aboutit point, parce que la communauté est mauvaise et que le mari est insolvable, elle reste propriétaire et, comme telle, elle peut revendiquer. C'est l'application des principes généraux que nous avons exposés au titre des *Obligations* (1).

II. *Des meubles.*

161. Le mari peut-il aliéner les meubles corporels et les créances qui sont propres à la femme? Avant d'examiner la question, qui est très-controversée, il faut voir quel est l'intérêt de la solution pour la femme. On pourrait croire qu'elle n'y a aucun intérêt, à raison du principe consacré par l'article 2279. En effet, s'il s'agit de meubles corporels, la femme ne peut les revendiquer contre le tiers possesseur de bonne foi, quand même le mari n'aurait pas le pouvoir de les aliéner. Toutefois, même dans ce cas, la question n'est pas sans intérêt; il se peut que l'acheteur ne soit pas en possession, alors la femme peut se prévaloir de la nullité de la vente, si le mari n'a pas le droit de vendre. La femme pourra même revendiquer les choses vendues si le possesseur est de mauvaise foi. Enfin la question a une haute importance pour les créances, obligations, actions, si nombreuses dans notre société moderne. Nous dirons, au titre de la *Prescription*, que le possesseur ne peut pas invoquer la maxime qu'*En fait de meubles, la possession vaut titre*, quand il s'agit de meubles incorporels.

162. A notre avis, le mari administrateur ne peut pas aliéner. Le principe que nous avons invoqué pour les immeubles s'applique aussi aux objets mobiliers. Aux termes de l'article 544, la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue; donc le droit de disposition est une des facultés, et la plus importante, qui dérivent du droit de propriété. Qu'importe la nature de la chose que l'on aliène? Le droit de disposer ne dépend pas de la nature mobilière ou immobilière de la chose qui fait

(1) Bourges, 30 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1318).

l'objet de la vente, il dépend de la qualité de celui qui vend. Si l'administrateur n'a pas le droit d'aliéner les immeubles, par cela même il n'a pas le droit d'aliéner les objets mobiliers. Il est vrai que la doctrine traditionnelle a dérogé à la rigueur des principes en ce qui concerne les actions; elle accorde à l'administrateur les actions mobilières, tandis qu'elle lui refuse les actions immobilières. C'est que l'ancien droit attachait moins d'importance aux meubles qu'aux immeubles; on conçoit que, dans cet ordre d'idées, l'on permette à l'administrateur d'aliéner les objets mobiliers, bien qu'il n'ait pas le droit d'aliéner les immeubles (1). Il y a plus; de ce que le mari administrateur a les actions mobilieres, on pourrait conclure qu'il a le droit de disposer des effets mobiliers, puisqu'il a toujours été de principe qu'il faut avoir le pouvoir de disposer d'une chose pour avoir le droit d'agir en justice. Mais la proposition inverse n'est pas exacte. D'abord il serait peu juridique d'induire le droit d'aliéner du droit d'agir en ce qui concerne les objets mobiliers; ce serait étendre une exception qui est contraire aux principes, une exception qui viole le droit de propriété. Nous devons sans doute respecter le droit traditionnel en tant que le code l'a maintenu, mais il faut le limiter dans les termes précis de la loi; on peut donc et on doit reconnaître à tout administrateur le droit d'exercer les actions mobilières, mais pour lui accorder le droit d'aliéner les objets mobiliers, il faudrait un texte. La question se réduit donc à savoir s'il y a un texte qui accorde au mari le droit d'aliéner les objets mobiliers propres à la femme.

163. On invoque d'abord l'article 1428. La loi dit que le mari ne peut aliéner les *immeubles* personnels à la femme sans son consentement. Si le législateur avait voulu appliquer aux meubles ce qu'il dit des immeubles, il aurait dit que le mari ne peut aliéner les *biens* personnels de la femme. En limitant la prohibition d'aliéner aux *immeubles*, la loi reconnaît implicitement au mari le droit d'alié-

(1) C'est l'opinion des anciens auteurs, en ce qui concerne le mari administrateur. Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 459, note 33.

ner les objets mobiliers. Ce qui confirme cette induction tirée du silence de la loi, c'est qu'elle accorde les actions mobilières au mari (1). Nous répondons qu'un argument tiré du silence de la loi ne suffit point pour donner au mari administrateur un droit qui est en opposition avec les principes. Certes la loi pourrait être mieux rédigée, mais la mauvaise rédaction s'explique. Sous le régime de communauté, il n'y a guère de meubles propres à la femme, puisque le mobilier présent et futur des époux entre en communauté. On conçoit donc que le législateur n'ait point songé aux meubles qui, dans des cas très-rares, restent propres à la femme. A cela on objecte que les auteurs du code, ayant prévu le cas où la femme a des actions mobilières à elle propres, devaient aussi prévoir le cas où la femme aurait des objets mobiliers qui lui sont propres. La coutume de Paris répond à l'objection; en disant que le mari est seigneur de toutes les actions de la femme, elle entendait les actions relatives au mobilier qui entrait en communauté, aussi bien que les actions concernant le mobilier exclu. D'ailleurs pour les actions mobilières, il y avait un droit commun; on les donne à tout administrateur, donc il fallait les donner au mari. Est-ce à dire qu'en lui accordant les actions mobilières, il fallait aussi lui donner le droit d'aliéner les objets mobiliers? Nous avons déjà dit que de l'un de ces droits on ne peut pas induire l'autre; le texte même du code le prouve. Le tuteur peut intenter les actions immobilières avec l'autorisation du conseil de famille; tandis qu'il ne peut aliéner les immeubles qu'avec l'homologation du tribunal. L'article 1428 doit donc être écarté; la rédaction est incomplète, même en ce qui concerne les actions, et elle est incomplète en ce qui concerne le droit d'aliéner. Il faut laisser là le texte et recourir aux principes (2).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 458, note 33, § 510 (4e éd.). Il y a, en ce sens, quelques arrêts assez mal rédigés : Bourges, 22 mai 1812; Angers, 26 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2705, 2° et 3°). La cour de Bourges va jusqu'à dire que le mari a le droit d'user et d'abuser; c'est confondre le pouvoir du mari administrateur légal avec le pouvoir du mari chef de la communauté.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 165, n° 71 *bis* IX.

164. On prétend que le code a maintenu la doctrine traditionnelle quant au droit d'aliéner les meubles, comme il l'a maintenue quant au droit d'intenter les actions mobilières. Ici la question devient exclusivement une question de textes. Nous allons les parcourir.

Les envoyés en possession provisoire ont l'administration des biens de l'absent. Ils sont même plus qu'administrateurs. Héritiers présomptifs, ils administrent des biens qui, d'après toutes les probabilités, leur appartiennent déjà. Est-ce que la loi leur donne le droit d'aliéner les objets mobiliers? L'article 126 répond que « le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. » Les envoyés n'ont donc pas le droit de disposer, c'est le tribunal qui ordonne la vente, s'il y a lieu. Si le tribunal ne l'ordonne pas, les envoyés n'ont pas le droit de vendre.

Le tuteur est aussi administrateur (art. 450). A-t-il, en cette qualité, le droit d'aliéner les meubles du mineur? L'article 452 dit que le tuteur *fera* vendre tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. C'est une obligation légale, ce n'est pas un droit.

Le mineur émancipé n'a, en principe, que le droit de faire des actes de pure administration. Aux termes de l'article 484, il ne peut vendre ses immeubles. Peut-il vendre ses meubles? Le code ne le dit pas. On l'a induit par argument *a contrario* de l'article 484; peu nous importe, nous cherchons des textes qui donnent à un administrateur le droit d'aliéner. Quand même le mineur émancipé aurait ce droit, on n'en pourrait rien conclure, car il n'est pas administrateur du patrimoine d'autrui, il est propriétaire, et l'on concevrait que la loi donnât à un propriétaire un droit qu'elle refuse à un simple administrateur. Mais la loi ne reconnaît pas même le droit d'aliéner au mineur émancipé; si on le lui accorde, c'est en argumentant du silence de la loi, et l'argumentation *a contrario* n'est certes pas un texte.

La femme séparée de biens reprend la libre administration de ses biens, dit l'article 1449; puis il ajoute

qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Voilà la seule disposition qui reconnaisse le droit d'aliéner les meubles à une personne incapable qui n'a point le droit d'aliéner ses immeubles et qui n'a qu'un pouvoir d'administration. Mais il faut remarquer que la femme séparée de biens est propriétaire, qu'elle a la libre jouissance de ses biens; c'est uniquement à raison de sa qualité de femme mariée qu'elle a besoin de l'autorisation maritale, et c'est pour des raisons toutes spéciales que la loi déroge, en ce cas, à la puissance maritale. Cela n'a rien de commun avec la question que nous examinons, celle de savoir s'il y a un texte qui donne à l'administrateur des biens d'autrui le droit d'aliéner.

Il y a encore une disposition qui traite du droit d'aliéner les choses mobilières à propos d'un administrateur, c'est l'article 1860, aux termes duquel l'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société. Nous prouverons, au titre qui est le siége de la matière, que cette disposition confirme le principe que nous avons établi, à savoir que l'aliénation des objets mobiliers n'appartient pas à ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration (1).

165. La question que nous discutons a peu d'importance pour la communauté légale. Elle ne se présente guère dans la pratique que lorsque les époux ont exclu de la communauté tout ou partie de leur mobilier. Nous y reviendrons en traitant des clauses de réalisation.

§ III. *De la responsabilité du mari.*

166. L'article 1428 établit le principe de la responsabilité du mari (n° 126); il ne dit pas quel est le degré de faute dont il répond. Les auteurs anciens, qui attachaient une grande importance à la théorie des fautes, sont plus

(1) C'est l'opinion de la plupart des auteurs modernes. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 459, note 33. Il faut ajouter Mourlon, t. III, p. 58, n° 144, et Colmet de Santerre, t. VI, p. 165, n° 71 *bis* IX. Comparez Cassation, 17 décembre 1872 (Dalloz, 1873, 1, 154). La cour ne décide pas la question en termes formels.

précis : d'Argentré dit que le mari répond de la faute grave et de la faute légère (1) ; ce qui, dans le langage du code, veut dire que le mari est responsable quand il n'administre pas les biens de la femme avec les soins d'un bon père de famille (art. 1137). Au premier abord, ce principe paraît contraire à l'article 1992. Le mari, en tant qu'administrateur, est un mandataire légal; et que dit l'article 1992 de la responsabilité du mandataire? En règle générale, il répond de la faute légère, mais la loi ajoute que la responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire; or, le mari administre gratuitement; s'il perçoit les fruits, ce n'est pas comme administrateur, c'est comme chef de la communauté, et il les reçoit pour l'aider à supporter les charges du mariage. En sa qualité de mandataire gratuit, il ne devrait répondre que d'une faute moindre que la faute légère, en vertu de l'article 1992. Toutefois nous croyons qu'il faut maintenir la formule de d'Argentré. Le code est plus sévère pour les administrateurs légaux que pour les mandataires. Ainsi le tuteur répond de la faute légère (art. 450 et 1137); il en doit être de même du mari. Cette sévérité s'explique : c'est la loi qui charge le tuteur du mandat d'administrer, ce n'est pas le mandant qui le choisit; la loi a donc dû lui imposer une responsabilité plus rigoureuse. Nous n'insistons pas, la question des fautes a peu d'importance en fait, parce que les juges décident, non d'après des théories, mais d'après les circonstances de la cause.

167. Le mari est aussi usufruitier : doit-il, à ce titre, donner caution de jouir et d'administrer en bon père de famille? Non; c'est comme chef de la communauté qu'il jouit des revenus de la femme et, à ce titre, il n'est pas responsable; s'il l'est comme administrateur, il n'en résulte qu'une conséquence, c'est qu'il doit les dommages-intérêts; mais on ne peut l'assujettir à donner caution, puisque la loi ne lui impose pas cette obligation. Le code ne suit pas de règle fixe en cette matière : il oblige les

(1) D'Argentré, *Coutume de Bretagne*, art. 34, n° 29, p. 118 (édit. de 1661).

envoyés en possession provisoire de donner caution (article 120), tandis que les tuteurs et le mari ne doivent pas en donner (1).

168. Il a été jugé que le mari est responsable quand il ne fait pas, dans le délai prescrit par la loi, déclaration des successions échues à sa femme, et qu'il répond de l'insuffisance de sa déclaration. En conséquence, la cour a retranché de son compte le double droit et le droit en sus perçus à raison de ces contraventions (2).

169. L'article 1428 déclare le mari responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme causé par défaut d'actes conservatoires. Interrompre la prescription est un des actes conservatoires que le mari est tenu de faire dans l'intérêt de sa femme. L'article 2254 le dit, et décide que si la prescription est acquise contre la femme faute d'avoir été interrompue, la femme a un recours contre son mari. Toutefois les auteurs y ajoutent une réserve qui résulte du principe même de la responsabilité du mari. Pour qu'il soit responsable, il faut qu'il y ait faute, c'est-à-dire qu'il n'ait pas agi en bon père de famille. Or, il se peut que la prescription se soit accomplie peu de temps après la célébration du mariage, avant que le mari ait pu prendre connaissance des affaires de la femme : il n'a pas manqué, dans ce cas, à ses devoirs de bon père de famille, partant il n'est pas responsable (3).

170. Le mari est également responsable si les débiteurs deviennent insolvables, et si le mari a négligé de les poursuivre pendant qu'ils étaient encore solvables. Ici encore il faut faire une restriction : la responsabilité est une question de fait. A la suite de l'ouverture d'une succession à laquelle la femme est appelée, l'un des héritiers est chargé de recouvrer les créances; il néglige ce devoir, les débiteurs deviennent insolvables. Il a été jugé que le mari ne répondait pas de cette insolvabilité, parce que,

(1) Nîmes, 2 mai 1807 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1384).
(2) Bordeaux, 8 février 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1385).
(3) Voyez les témoignages dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nºs 1386 et 1387.

dans l'espèce, ce n'est pas lui qui était tenu de poursuivre le débiteur (1).

171. La femme aliène un propre avec autorisation maritale ; le mari doit veiller à ce que les deniers provenant de la vente soient placés. Au lieu de faire lui-même emploi du prix, il donne mandat à sa femme de le faire suivant ses convenances. Nous avons dit plus haut quel est l'effet de ce mandat (nº 104). La cour de cassation a jugé que le mari étant responsable de l'administration des biens ne pouvait pas se soustraire à cette responsabilité en se déchargeant de la gestion sur sa femme ; il répond du défaut d'emploi, sauf à voir s'il a action contre le mandataire (2).

§ IV. *Droits de la femme.*

172. La femme n'a aucun droit sur les biens communs pendant la durée de la communauté. Il n'en est pas de même de ses biens propres. Elle en conserve la propriété, donc elle en peut disposer à titre onéreux ou à titre gratuit ; seulement, comme elle est incapable, elle doit être autorisée. L'autorisation de justice a un effet moins étendu que l'autorisation du mari. La justice ne peut autoriser la femme qu'à aliéner la nue propriété de ses biens, la jouissance appartenant à la communauté ; tandis que le mari peut renoncer à cette jouissance et autoriser la femme à aliéner la toute propriété de ses biens. Le mari peut y avoir intérêt : la nue propriété se vend mal ; or, c'est d'ordinaire dans l'intérêt du mari que la femme aliène ses propres ; le mari est donc intéressé à ce que la vente se fasse à des conditions favorables ; il retrouvera dans le prix, dont il a la jouissance et la disposition, une compensation de la perte qu'il fait en renonçant à la jouissance de l'immeuble.

Il faut appliquer à l'hypothèque ce que nous disons de la vente, l'hypothèque étant une aliénation partielle. La

(1) Rejet, 31 mars 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1391).
(2) Rejet, 8 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 33).

femme oblige aussi ses biens quand elle s'oblige avec autorisation du mari ou de justice, et même sans autorisation lorsqu'elle est obligée par un délit ou par un quasi-contrat. Mais, sans autorisation maritale, elle n'oblige que la nue propriété de ses biens ; quand elle agit autorisée du mari, la dette tombe dans le passif de la communauté et, par suite, le créancier a action sur la jouissance des propres de la femme.

Il y a un acte pour lequel la femme n'a besoin d'aucune autorisation, quoique, par cet acte, elle dispose de la toute propriété de ses biens, c'est le testament ; nous avons dit ailleurs pourquoi la loi permet à la femme de tester sans y être autorisée.

173. Du principe que la femme conserve la propriété de ses biens personnels, il suit que les créanciers du mari ou de la communauté ne peuvent pas les saisir, pas plus les biens mobiliers que les immeubles. Comme les biens de la femme sont confondus avec ceux de la communauté, il peut arriver que les créanciers saisissent les uns et les autres. La femme pourra, en ce cas, demander la distraction de ses biens personnels conformément aux règles du code de procédure (art. 727) (1).

174. La femme n'a pas l'administration de ses biens personnels. Est-ce à dire que cette administration lui soit aussi étrangère que celle de la communauté? Non, certes, le texte même du code marque la différence ; l'article 1421 dit que le mari administre *seul* les biens de la communauté, tandis que l'article 1428 dit seulement que le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. Dans notre opinion, la femme ne peut pas même intervenir dans l'administration de la communauté ; par exemple, dans une donation que le mari voudrait faire d'un conquêt (n° 21) ; tandis que la loi n'empêche pas la femme d'intervenir dans la gestion de son propre patrimoine ; l'article 1429 implique, au contraire, qu'elle le peut : le mari *seul* ne peut faire qu'un bail d'administration ;

(1) Colmar, 24 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Successions*, n° 1622). L'arrêt n'y est pas rapporté en entier.

avec le concours de la femme, il peut faire un bail de disposition.

175. La femme pourrait-elle faire, avec autorisation de justice, un acte d'administration si le mari négligeait de le faire? Il n'y a aucun doute quant aux actes conservatoires. Les incapables peuvent faire ces actes, donc aussi la femme mariée, car c'est par suite de la puissance maritale qu'elle perd l'administration de ses biens. Il a été jugé que la femme peut, comme tous les créanciers de son mari, s'opposer à ce qu'un partage soit fait hors de sa présence (1).

On admet encore que la femme peut intervenir dans les instances judiciaires engagées par son mari. Cela est de tradition. Dumoulin disait que la femme autorisée de justice peut intervenir, malgré son mari, afin d'éviter la collusion entre son mari et le défendeur, donc pour la conservation de ses droits. L'autorité du grand jurisconsulte avait fait adopter cette opinion comme une règle (2).

Ne faut-il pas aller plus loin et permettre à la femme d'agir quand le mari néglige de le faire? Ici encore nous pouvons invoquer le texte. L'article 1428 dit que le mari peut exercer *seul* les actions mobilières et possessoires de la femme. Cela signifie que le mari peut agir sans le concours de la femme. Quand la loi veut exclure la femme, elle s'exprime autrement : l'article 1421 porte que le mari *administre seul* les biens de la communauté. L'article 1549 dit que le mari *seul* a l'administration des biens dotaux sous le régime dotal, qu'il a *seul* le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs. Tout ce qui résulte de l'article 1428, c'est que le concours de la femme n'est pas nécessaire pour que le mari ait le droit d'agir. Mais si le mari n'agit pas, pourquoi la femme ne pourrait-elle pas agir? L'administration est une obligation imposée au mari dans l'intérêt de la femme, ce n'est pas un droit que la loi établit en faveur du mari. Si celui-ci néglige d'agir, la

(1) Turin, 9 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1597). L'arrêt n'est pas rapporté en entier.

(2) Ferrière, *Commentaire sur la coutume de Paris*, article 223, glose unique, n° 6.

femme doit avoir le droit de veiller elle-même à ses intérêts. C'est l'opinion générale (1). Et ce qui est vrai des actions est vrai de tout acte d'administration.

SECTION V. — De la dissolution de la communauté.

ARTICLE 1er. Des causes de dissolution.

§ Ier. *La mort.*

176. L'article 1441 porte : « La communauté se dissout 1° par la mort naturelle. » La mort dissout le mariage, donc elle doit dissoudre la communauté, qui est une suite du mariage. Il est vrai que les conventions survivent, en général, à la mort des parties contractantes ; mais ce principe reçoit exception pour les contrats qui ne se forment que par des considérations personnelles. Telle est la société (art. 1865, 3°); telle doit être surtout la communauté, la société des biens se confondant avec la société des personnes.

D'après l'article 1441, la communauté se dissout aussi par la mort civile. On sait que la mort civile est abolie en Belgique par notre constitution, en France par la loi du 31 mai 1854.

Il y a un fait que l'on assimile parfois à la mort, c'est l'absence. L'absence ne dissout pas la communauté, puisqu'elle ne dissout pas le mariage ; toutefois les mesures que la loi prescrit dans l'intérêt des héritiers présomptifs de l'absent portent une grave atteinte aux conventions matrimoniales. Après la déclaration d'absence, l'époux est appelé à se prononcer soit pour la continuation provisoire de la communauté, soit pour sa dissolution provisoire. La communauté est maintenue provisoirement si l'époux présent opte pour la continuation, mais cet état de choses cesse lorsque les héritiers demandent l'envoi définitif. Dans ce cas, on partage les biens de l'absent comme

(1) Duranton, t. XIV, p. 433, n° 317. Rodière et Pont, t. II, p. 197, 906.

on le ferait s'il était mort. La communauté est liquidée et partagée. Toutefois elle cesse de fait plutôt que de droit; si l'absent reparaissait, la communauté continuerait comme s'il n'y avait jamais eu de partage. Nous renvoyons, sur tous ces points, au titre de l'*Absence*.

N° 1. DE L'OBLIGATION, IMPOSÉE A L'ÉPOUX SURVIVANT, DE FAIRE INVENTAIRE.

177. L'article 1442 dit que le défaut d'inventaire après la mort de l'un des époux ne donne pas lieu à la continuation de la communauté. Cette disposition se rattache à l'ancien droit qu'elle a pour objet d'abroger. D'après la plupart des coutumes, la communauté continuait entre l'époux survivant et les enfants mineurs de l'époux prédécédé quand le survivant n'avait pas fait inventaire. Non pas que cette continuation eût lieu de plein droit, c'était une faculté pour les enfants; la communauté était, en réalité, dissoute par la mort du père ou de la mère, mais les enfants, à défaut d'inventaire, avaient le droit de la maintenir contre l'époux survivant (1). Nous disons contre lui, car c'est à titre de peine que la communauté continuait et par une exception singulière. Conçoit-on qu'il y ait communauté, c'est-à-dire société entre époux, suite du mariage, alors qu'il n'y a plus de mariage et que l'un des deux associés est mort? Pourquoi les coutumes permettaient-elles aux enfants de continuer la communauté? C'était à titre de peine, disait-on; une peine dans le sens du droit civil, c'est-à-dire des dommages-intérêts résultant de la faute de l'époux survivant; celui-ci n'ayant pas fait d'inventaire, il était très-difficile aux enfants mineurs d'établir la consistance de la communauté, et, par suite, leurs droits dans cette communauté étaient compromis et pouvaient être lésés (2). De là une action en dommages-intérêts.

Les auteurs du code civil, qui suivent généralement la

(1) Tel était aussi l'ancien droit belgique. Gand, 11 août 1851 (*Pasicrisie*, 2, 341).
Pothier, *De la communauté*, n° 771.

tradition dans la matière de la communauté, s'en sont écartés en ce point. Quelle en est la raison? La continuation de la communauté donnait lieu à des difficultés et à des contestations entre les enfants et le survivant des père et mère, dans le cas fréquent où celui-ci contractait un second mariage; il se formait alors une nouvelle communauté par suite du second mariage, et la communauté avec les enfants du premier lit continuait néanmoins. Les deux communautés se confondaient en une seule que l'on appelait *tripartite*, parce qu'elle se partageait en trois têtes, l'époux survivant, les enfants du premier lit et le second conjoint. Cet enchevêtrement de deux communautés ayant chacune leur actif et leur passif, leurs récompenses, leurs rapports et leurs reprises, était une mine à procès. C'était assez mal sauvegarder les intérêts des enfants que de les engager dans une société aussi compliquée et dans des procès presque inévitables avec leur père ou leur mère (1). De plus, et ceci est un point décisif, la continuation de la communauté heurtait tous les principes de droit et de justice. C'est ce que l'orateur du gouvernement a très-bien exposé. On voulait punir l'époux survivant de ce qu'il avait négligé de faire inventaire. Toute peine suppose une faute. Y avait-il nécessairement faute dans le seul fait de ne pas dresser inventaire? Si le survivant ne faisait pas inventaire, c'était souvent par ignorance, ou pour éviter les frais quand l'actif de la communauté était modique; et comme les petites successions forment le grand nombre, la peine frappait d'ordinaire des parents qui n'étaient pas coupables. La continuation de la communauté blessait les principes de droit autant que l'équité; c'était une anomalie injustifiable : une société qui se dissout et qui se continue, une société que le survivant contractait sans le vouloir et souvent sans le savoir (2).

178. Il y avait un moyen plus simple de garantir les intérêts des enfants et de tous ceux qui étaient intéressés à ce que la consistance de la communauté fût exactement

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 273, n° 992.
(2) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 15 (Locré, t. VI, p. 392).

constatée : c'est de leur permettre d'établir la consistance du mobilier non inventorié par toutes voies de droit, même par la commune renommée. Tel est le système du code; il y ajoute une double peine quand il y a des enfants mineurs. D'abord le survivant des père et mère est déchu de l'usufruit légal, c'est en même temps un avantage pécuniaire pour les enfants. Puis, si ceux-ci éprouvent un préjudice du défaut d'inventaire, ils peuvent réclamer les dommages et intérêts, non-seulement contre leur père ou leur mère, mais encore contre le subrogé tuteur.

179. Dans quel délai l'époux survivant doit-il faire inventaire pour ne pas encourir les pénalités que la loi attache au défaut d'inventaire? L'article 1442 ne prescrit aucun délai. De là une grave difficulté. De ce que la loi ne dit pas que l'inventaire doit être dressé de suite, faut-il conclure qu'il pourra toujours être fait? Cela est absurde, dit-on, et en opposition avec l'esprit de la loi. Pourquoi la loi veut-elle qu'il y ait un inventaire? C'est le seul moyen d'empêcher que le mobilier de la communauté ne soit dissipé ou diverti, au préjudice des héritiers de l'époux prédécédé et au détriment des créanciers. Il faut donc un inventaire; mais pour que l'inventaire soit une garantie, il faut qu'il soit dressé immédiatement. Si l'on peut le faire après des années, il sera impossible de constater d'une manière certaine la consistance du mobilier de la communauté; quand même on supposerait qu'il n'y a aucune négligence, aucun dol, il sera difficile et le plus souvent impossible de distinguer le mobilier de la communauté du mobilier propre à l'époux survivant. Un inventaire tardif n'offre plus aucune garantie. En droit, rien n'est plus vrai. On en conclut que l'inventaire doit être fait dans le délai ordinaire que la loi prescrit, celui de trois mois; c'est dans ce délai que les successibles doivent faire inventaire, c'est encore dans ce délai que la veuve doit faire inventaire, si elle veut conserver la faculté de renoncer (art. 1456). Dans l'ancien droit, les coutumes avaient aussi négligé de prescrire le délai dans lequel le survivant devait faire inventaire pour empêcher la continuation de la communauté. L'usage, dit Pothier, l'a déterminé à trois mois :

n'est-il pas naturel de penser que les auteurs du code s'en sont rapportés à cet usage (1)?

Telle est l'opinion le plus généralement suivie (2). Toutefois il reste bien des incertitudes dans la doctrine, et la jurisprudence est divisée. Il y a des auteurs qui appliquent l'article 451, aux termes duquel le tuteur doit procéder à l'inventaire dans les dix jours (3). Cette opinion est inadmissible, il n'y a rien de commun entre l'inventaire de tutelle et l'inventaire de l'article 1442. Proudhon a un autre système qui est également resté isolé ; il est inutile de l'exposer et de le combattre, puisque personne n'en veut. Nous croyons qu'il n'appartient pas à l'interprète d'établir un délai fatal dans lequel une formalité doit être remplie sous peine de déchéance. Car il s'agit d'une déchéance et de dispositions pénales ; c'est ce que les partisans de l'opinion générale paraissent avoir oublié (4) : la preuve par commune renommée est admise à titre de peine, la perte de l'usufruit est une peine, et c'est encore une peine que la responsabilité solidaire du subrogé tuteur. Or, peut-il y avoir une peine sans loi qui la prononce? L'article 1442 établit, à la vérité, les peines que nous venons de rappeler ; il les attache au défaut d'inventaire, mais il ne dit pas qu'elles sont encourues par cela seul que l'inventaire n'est point dressé dans les trois mois. C'est ajouter à la loi et aggraver la peine que de fixer le délai après lequel elle sera encourue. En tout cas, c'est là une disposition purement arbitraire que le législateur seul peut prescrire. Pourquoi trois mois plutôt que dix jours? Les deux délais se trouvent dans le code : pourquoi la doctrine et la jurisprudence adoptent-elles le délai de trois mois? Il peut y avoir de bonnes raisons en théorie, mais ces raisons sont à l'adresse du législateur.

On dit que cette opinion conduit à l'absurde. L'époux

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 795.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 383, note 2, § 515. Colmet de Santerre, t. VI, p. 228, n° 89 *bis* III.

(3) Toullier, t. VII, 1, p. 20, n° 16. En sens contraire, Odier, t. I, p. 341, n° 364.

(4) Troplong discute longuement la question (n°s 1290-1295), et ne dit pas un mot du motif qui seul rend la question douteuse.

survivant échappera-t-il aux peines de l'article 1442 en faisant un inventaire après six ans, c'est-à-dire un inventaire dérisoire? Il y a, sur notre question, un excellent arrêt de la cour de Bourges qui répond à l'objection autant qu'il est possible d'y répondre. Dans l'espèce, il s'agissait de la déchéance de l'usufruit légal que l'on réclamait contre le père pour n'avoir pas procédé à l'inventaire dans le délai de trois mois. L'usufruit légal, dit la cour, est un des attributs de la puissance paternelle, et il est d'un grand intérêt social de conserver cette puissance intacte. Il est certain que la privation de l'usufruit a pour résultat d'amoindrir, dans une certaine mesure, l'autorité paternelle : on punit le père au profit de l'enfant. Au point de vue moral, la peine est très-grave; on ne doit donc la prononcer qu'avec la plus grande circonspection. Or, toute peine suppose une faute; le père est-il en faute par cela seul qu'il n'a pas dressé l'inventaire dans un délai que la loi ne prescrit point? La justice criminelle n'hésiterait pas à répondre négativement. Or, les principes sont identiques : le juge civil ne peut, pas plus que le juge criminel, établir des peines que la loi ne prononce pas. Que faut-il faire, dans le silence du code sur le délai dans lequel l'inventaire doit être dressé? Le juge doit constater que le défaut d'inventaire a causé un préjudice aux mineurs ou aux autres parties intéressées : s'il y a préjudice, il y a faute, et partant la peine doit être prononcée. S'il n'y a pas de préjudice, il n'y a point de faute, et sans faute il ne saurait y avoir de peine. Dira-t-on que cela aboutit à un cercle vicieux? Comment constater qu'il y a préjudice? Il faudrait constater la consistance du mobilier; or, le seul moyen de le constater, c'est l'inventaire. La cour de Bourges répond que le juge décidera d'après les circonstances de la cause. Il ne suffira pas que le survivant fasse un inventaire à une époque quelconque pour échapper aux peines de l'article 1442; si, par le long espace de temps qui s'est écoulé entre le décès et l'inventaire, il s'est opéré une confusion de biens que le législateur a voulu prévenir les tribunaux pourront n'avoir aucun égard à l'inventaire puisque cet inventaire ne répond pas au vœu de la loi et

par suite, ils déclareront le père déchu de l'usufruit légal. Dans l'espèce, le père avait fait dresser un inventaire dans les quatre mois du décès; la sincérité et l'exactitude de l'inventaire n'étaient pas contestées; il n'y avait donc pas de faute en fait, et en droit il n'y avait pas de violation de la loi, puisqu'elle ne prescrit pas de délai fatal (1). On voit qu'il y a des cas où l'on regretterait qu'il y eût un délai légal; toutefois nous préférerions que le code eût fixé un délai, il aurait prévenu l'arbitraire du juge; et les bonnes lois, dit Bacon, sont celles qui abandonnent le moins à l'arbitraire de celui qui les applique.

180. On suppose que l'inventaire n'est pas fait dans les trois mois, les pénalités de l'article 1442 sont encourues : le juge peut-il relever de ces peines l'époux survivant? En théorie, il est certain que le juge n'a pas ce droit quand un délai est fatal; et si l'on admet que l'inventaire doit être fait dans les trois mois, il est difficile de ne pas admettre que le délai est fatal (1). Mais autre est la question de légalité. Si un tribunal décidait, comme l'a fait la cour de Bourges, que le père n'a pas encouru les pénalités parce qu'il n'est pas en faute, y aurait-il lieu à cassation? Nous ne voyons pas comment on pourrait casser une décision pour violation de la loi alors qu'il n'y a point de loi. C'est encore un argument contre l'opinion que nous venons de combattre, et il nous paraît décisif. On prétend qu'il y a un délai légal dans lequel l'inventaire doit être fait, et la cour de cassation ne pourrait pas casser un arrêt qui déciderait que les pénalités ne sont pas encourues, quoique l'inventaire n'ait pas été fait dans le prétendu délai légal (2). La jurisprudence des cours d'appel se prononce contre la déchéance absolue. Il a été jugé que la déchéance ne doit pas être prononcée quand il n'y a pas de faute à reprocher au père survivant; dans l'espèce, l'inventaire n'avait pas été dressé dans le délai de trois mois, mais le retard de quelques jours était dû à un empêchement du notaire; du reste, l'arrêt constate que tout avait

(1) Bourges, 14 février 1859 (Dalloz, 1860, 2, 52). Dans le même sens, Mourlon, t. III, p. 80, n° 185.
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 292, n° 1006.

été fait avec la plus grande fidélité (1). Les cours mêmes qui décident en principe que l'inventaire doit être fait dans les trois mois admettent une réserve : le juge, dit la cour d'Orléans, pourrait ne pas prononcer la déchéance de l'usufruit si le retard apporté à la confection de l'inventaire pouvait être attribué à des circonstances de force majeure (2). De là à admettre que l'époux survivant n'est pas déchu quand il n'est pas en faute, il n'y a pas loin.

181. L'article 1442 prononce des peines pour le défaut d'inventaire; la loi ne dit pas que l'inventaire doit être régulier et fidèle, mais elle n'avait pas besoin de le dire, parce que cela est de l'essence de l'inventaire. D'ordinaire le code le dit; ainsi l'article 1456 prescrit à la veuve qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté de faire un inventaire *fidèle et exact*, et il veut de plus que cet inventaire soit par elle affirmé sincère et véritable. Un inventaire inexact, infidèle n'est qu'un chiffon de papier fait pour tromper les parties intéressées, tandis que le but de la loi est de sauvegarder leurs intérêts. La tradition est en ce sens. Les coutumes exigeaient un inventaire pour empêcher la continuation de la communauté. Cet inventaire, dit Pothier, doit être fidèle et contenir tous les effets de la communauté qui sont à la connaissance du survivant. La fin que la coutume se propose en exigeant un inventaire étant de constater la part qu'ont les enfants dans les biens communs, il est évident que le survivant ne remplit pas cette fin par un inventaire infidèle. Pothier s'étonne à bon droit que le contraire ait pu être avancé; toutefois, avec l'esprit d'équité qui le distingue, il ajoute une réserve. Si les omissions qui sont dans l'inventaire ne sont pas malicieuses, les effets omis ayant pu échapper à la mémoire du survivant, l'inventaire ne laisse pas d'être valable, sauf à faire un supplément d'inventaire. Les lois, dit Pothier, n'obligent pas à l'impossible (3).

(1) Caen, 18 août 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1609).
(2) Orléans, 7 mars 1863 (Dalloz, 1863, 2, 100).
(3) Pothier, *De la communauté*, n° 793.

C'est au juge d'apprécier si l'omission est frauduleuse ou si elle est excusable (1).

N° 2. DE LA PREUVE DU MOBILIER NON INVENTORIÉ.

182. Aux termes de l'article 1442, le défaut d'inventaire autorise les parties intéressées à faire preuve de la consistance des biens et effets communs tant par titre que par la commune renommée. Il était inutile de dire que la preuve peut se faire par titre, puisque tel est le droit commun. Quand la loi admet la commune renommée, elle ajoute d'ordinaire que la preuve peut se faire par témoins (art. 1415). L'article 1442 ne parle pas de la preuve testimoniale; de là un léger motif de douter. On pourrait dire que ceux qui ont le droit de requérir l'inventaire, ayant pu se procurer une preuve par titre, ne sont pas admis à la preuve testimoniale (art. 1348). Toutefois l'opinion contraire doit être suivie. Admettre la commune renommée, c'est admettre implicitement la preuve par témoins, car la preuve par commune renommée est une enquête; seulement, au lieu de déposer de ce qu'ils savent pour l'avoir vu, les témoins viennent rapporter ce qu'ils ont entendu dire; si le juge peut décider sur des ouï-dire, à plus forte raison doit-il croire les témoignages de ceux qui disent ce qu'ils ont vu (2).

183. Qui est reçu à faire la preuve par témoins ou par commune renommée? L'article 1442 répond : Les parties intéressées. L'expression est générale; elle comprend les héritiers de l'époux prédécédé, les tiers créanciers de la communauté et tous ceux qui ont intérêt à connaître la consistance et la valeur du mobilier de la communauté. Tel est aussi l'esprit de la loi; elle veut donner une garantie à tous ceux qui ont un droit sur les biens communs; l'époux survivant qui ne fait pas inventaire est en faute à l'égard de tous, donc tous les intéressés peuvent invoquer la preuve par témoins et par commune renommée. C'est

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 385, notes 11-13. Rodière et Pont, t. II, p. 291, n° 1004.
(2) Toullier, t. VII, 1, p. 7, n° 4.

en ce sens que Duveyrier, le rapporteur du Tribunat, dit: les parties intéressées *sans distinction* (1).

Cependant il y a un arrêt qui décide que les enfants mineurs peuvent seuls se prévaloir du bénéfice de l'article 1442. L'arrêt de la cour de Caen n'a aucune autorité, parce qu'il ne donne aucun motif. Toullier, dont la cour a suivi l'opinion, invoque l'ancien droit; d'après la coutume de Paris, les mineurs seuls pouvaient demander la continuation de la communauté; or, les sanctions de l'article 1442 ont remplacé celle que la continuation de communauté avait pour objet d'offrir aux enfants mineurs de l'époux prédécédé; donc les enfants majeurs et, à plus forte raison, les tiers ne seraient pas admis à faire la preuve des biens communs par commune renommée (2). Toullier se trompe, tout le monde s'accorde à le dire; si nous relevons l'erreur, c'est pour qu'elle serve de leçon à nos jeunes lecteurs. On abuse de l'ancien droit, comme on abuse des travaux préparatoires; c'est un moyen si commode de faire dire au code autre chose que ce qu'il dit! A quoi bon recourir à la tradition quand le texte du code est aussi clair que possible? L'article 1442 contient deux sanctions : la première, concernant la preuve, est établie en faveur des parties intéressées en général; la seconde, la déchéance de l'usufruit légal, n'est établie qu'au profit des mineurs. Le texte ne laisse aucun doute, donc laissons de côté l'ancien droit; en cette matière surtout, on a tort de s'en prévaloir, puisque les auteurs du code se sont écartés de la tradition, et innovant, ils ne devaient pas se borner à garantir les intérêts des mineurs, ils devaient accorder protection à toutes parties intéressées (3).

184. La preuve par commune renommée est la plus dangereuse des preuves; elle pourrait conduire à des injustices criantes si les juges étaient liés par les dires des témoins. Mais il est de principe que le juge n'est lié par

(1) Duveyrier, *Rapport*, n° 34 (Locré, t. VI, p. 423).
(2) Toullier, t. VII, 1, p. 8, n° 5. Caen, 4 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1593).
(3 Aubry et Rau, t. V, p. 384, note 6, § 515, et Odier, Troplong et Marcadé.

aucune preuve : s'agit-il de titres, il a le droit de les interpréter ; s'agit-il de témoignages, son droit comme son devoir est de les apprécier. Les preuves ont pour objet d'éclairer sa conscience, c'est à lui d'en tenir tel compte qu'il juge convenable. Le juge peut donc avoir égard non-seulement aux enquêtes et contre-enquêtes, il peut consulter les documents et les circonstances de la cause et établir en conséquence le montant de la communauté (1). Nous disons qu'il peut décider d'après les circonstances de la cause, c'est-à-dire d'après les présomptions ; en effet, le juge peut recourir aux présomptions dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Les présomptions ont aussi leurs dangers, mais elles en offrent moins que des ouï-dire, car elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats ; tandis que les ouï-dire et l'opinion publique viennent trop souvent de l'aveugle foule de gens ignorants.

N° 3. DÉCHÉANCE DE L'USUFRUIT LÉGAL.

185. « S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus » (art. 1442). Cette déchéance frappe le père ou la mère dans l'intérêt des enfants mineurs, elle est donc spéciale ; tandis que la disposition du premier alinéa, concernant la preuve par commune renommée, est générale. Les enfants sont aussi admis à cette preuve contre le survivant de leurs père et mère, c'est le droit commun établi en faveur de toutes les parties intéressées ; en outre, dit la loi, le survivant des époux perd l'usufruit légal. En négligeant de faire inventaire, il cause un dommage à ses enfants, soit par négligence, soit par dol ; la loi le punit de cette faute en le privant de la jouissance des biens de ses enfants. Cette privation est en même temps un bénéfice pour les enfants, puisqu'ils profiteront des revenus qui sont enlevés à leur père ou mère. Ce bé-

(1) Rejet, 26 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1595). Rodière et Pont, t. II, p. 283, n° 997.

néfice leur tient lieu de dommages-intérêts. Ils peuvent, en outre, réclamer des dommages-intérêts contre le survivant de leurs parents, comme nous le dirons plus loin; mais il est très-difficile de prouver le fondement de cette demande, puisqu'il faut prouver la consistance et la valeur des biens de la communauté; la commune renommée même sera souvent une preuve insuffisante. En privant de l'usufruit légal le survivant des époux, la loi assure aux enfants une indemnité certaine, quoique un peu aléatoire. Cette peine, prononcée contre le père au profit de ses enfants, peut même être injuste, et elle le sera souvent si on l'attache au fait seul de n'avoir pas dressé inventaire dans le délai de trois mois. La critique que l'on a faite de l'ancien droit peut encore être adressée au droit moderne. En punissant les parents pour n'avoir pas fait ce que la loi leur ordonne, on suppose qu'ils connaissent la loi. Et combien y en a-t-il, même dans les classes aisées et riches, qui savent à peine lire et écrire! Que le législateur veille d'abord à répandre l'instruction avant de présumer que les hommes connaissent les lois!

186. L'article 1442 dit : « Le défaut d'inventaire »; il ne dit pas de quels biens l'époux survivant doit faire inventaire. Quand il s'agit de la preuve par commune renommée, la décision n'est pas douteuse : ce sont les biens de la communauté que l'époux survivant doit inventorier, et quand il ne le fait point, les parties intéressées sont admises à en établir la consistance par toute espèce de preuve. Il en est de même de la déchéance de l'usufruit légal : c'est le défaut d'inventaire des biens communs qui la fait encourir. Cela est aussi fondé en raison. L'époux survivant est en possession de la communauté, dont la moitié lui appartient; tandis que les héritiers de l'époux prédécédé sont saisis de ses biens, à l'exclusion du conjoint; c'est à eux ou à leurs représentants de prendre les mesures conservatoires quant aux biens dont ils sont saisis : étranger aux biens héréditaires, l'époux survivant ne peut avoir de ce chef aucune obligation (1).

(1) Dijon, 17 janvier 1856 (Dalloz, 1856, 2, 94).

187. Aux termes de l'article 1442, l'époux qui n'a pas fait inventaire perd la jouissance des revenus de ses enfants. Quelle est cette jouissance? Il s'agit de la jouissance, que l'article 384 accorde aux père et mère, des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans, droit que l'on appelle d'ordinaire l'usufruit légal. Cet usufruit porte, en général, sur tous les biens des enfants; et c'est aussi en ce sens que l'article 1442 est conçu : le père est privé de la jouissance des *revenus* de ses enfants, donc de tous les revenus; ainsi, non-seulement des biens de la communauté que l'époux survivant aurait dû inventorier, mais aussi des autres biens qui appartenaient déjà aux enfants, ou qui leur adviennent à la mort du conjoint prédécédé. Le texte, conçu en termes généraux, ne laisse aucun doute (1).

188. La déchéance de l'usufruit légal a-t-elle lieu de plein droit, ou doit-elle être prononcée par le juge? On dit d'ordinaire qu'il n'y a pas de peine sans sentence du juge. En matière criminelle, cela est certain; mais en matière civile, les déchéances peuvent résulter des conventions et, par conséquent aussi, de la loi. Nous en avons vu un exemple remarquable en traitant de l'indignité; c'est la loi qui déclare les héritiers indignes de succéder dans les cas qu'elle détermine (art. 727). De même c'est la loi qui dit que s'il y a des enfants mineurs, le *défaut d'inventaire fait perdre* à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus. Il ne faut donc pas de jugement qui prononce la déchéance. Elle ne doit pas être demandée en justice. Le père est privé des revenus, les enfants y ont droit; par conséquent, le père est tenu de les restituer s'il les a perçus (2).

Le père privé des revenus des biens de ses enfants n'en doit pas moins supporter les frais d'entretien et d'éducation que la loi met à sa charge (art. 203). Peut-il imputer ces frais sur les revenus des enfants? La négative nous paraît certaine : les frais d'entretien et d'éducation des en-

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 10, n° 7, et tous les auteurs.
(2) Toullier, t. VII, 1, p. 9, n° 6. Voyez une application du principe dans l'arrêt de cassation du 9 août 1865 (Dalloz, 1866, 1, 33).

fants doivent être supportés par les père et mère en cette qualité, quoique les enfants n'aient point de biens; ce qui est certes la règle générale. Il est vrai que si l'enfant a des biens à lui propres, il doit pourvoir lui-même à ces frais; mais l'article 1442 fait une exception à la règle, en ce sens que le père ne peut jamais profiter des revenus des enfants quand il en a été privé par la loi; or, il en profiterait indirectement s'il pouvait imputer sur ces revenus les dépenses que la loi met à sa charge (1).

N° 4. RESPONSABILITÉ DU SUBROGÉ TUTEUR.

189. L'article 1442 contient encore une troisième sanction de l'obligation qu'il impose à l'époux survivant de faire inventaire : il dispose que le subrogé tuteur qui ne l'y a point obligé est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. C'est une disposition toute spéciale. En général, le subrogé tuteur se borne à surveiller la gestion du tuteur; il n'intervient activement que lorsque les intérêts du tuteur sont en conflit avec ceux de son pupille (art. 420). Dans l'espèce, il n'y a pas de conflit; si la loi fait un devoir au subrogé tuteur d'intervenir, en obligeant le tuteur de faire inventaire, c'est pour donner aux enfants mineurs une garantie de plus contre la négligence ou le dol du survivant des père et mère. Pour ne pas encourir la responsabilité que la loi lui impose, il veillera à ce que l'époux survivant dresse inventaire. S'il ne le fait pas, il est responsable. Le défaut d'inventaire peut causer un préjudice aux enfants mineurs; si leur père ou mère ne représente pas les biens de la communauté, tels que la consistance en est établie par la commune renommée, il sera condamné à des dommages-intérêts, et le subrogé tuteur sera condamné solidairement à les payer.

C'est un des cas où la solidarité existe pour la dette d'un tiers. Le père est débiteur : le subrogé tuteur est donc responsable pour le père. On a prétendu que la responsa-

(1) Comparez Poitiers, 8 juin 1859 (Dalloz, 1859, 2, 215).

bilité solidaire n'était pas soumise aux principes qui régissent la solidarité; nous renvoyons à ce qui a été dit sur cette question au titre des *Obligations*. A notre avis, les principes généraux sont applicables. On applique aussi l'article 1214, aux termes duquel le codébiteur solidaire est tenu de toute la dette à l'égard des autres débiteurs lorsque la dette est contractée dans son seul intérêt, ou, comme le dit la loi, lorsque l'affaire ne concerne que lui; les autres débiteurs solidaires ne sont, en ce cas, considérés que comme cautions. Or, tel est le cas prévu par l'article 1442 : l'affaire ne concerne que le survivant des époux, lui seul est débiteur; le subrogé tuteur, débiteur solidaire à l'égard des enfants mineurs, est caution à l'égard de l'époux; s'il a dû payer toute la dette, il aura un recours pour le tout contre l'époux dont il a payé la dette (1).

190. La cour de Metz a appliqué la responsabilité solidaire au subrogé tuteur qui avait été nommé avant l'entrée en fonctions du tuteur. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. On disait, à l'appui du pourvoi, que le subrogé tuteur ne pouvait être déclaré responsable d'un préjudice qu'il avait été dans l'impossibilité de prévenir. Il fallait donc distinguer, disait-on, entre le préjudice déjà occasionné lors de la nomination du subrogé tuteur par le défaut d'inventaire et le préjudice qui était causé dans la suite. Cette distinction, très-habilement présentée par l'avocat Fabre, n'a pas été admise. La cour se fonde sur le texte, qui est formel et absolu : *toutes les condamnations,* dit l'article 1442. Vainement dit-on que le subrogé tuteur n'est pas en faute pour le préjudice antérieur à sa nomination; la loi ne considère qu'une faute, celle de n'avoir pas fait procéder à l'inventaire : rien n'empêche le subrogé tuteur d'agir dès qu'il est nommé pour contraindre l'époux survivant à dresser l'inventaire; s'il n'agit point, il est responsable, et il l'est de *toutes les condamnations* (2). Bien entendu des condamnations qui ont leur

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 294, n° 1009. Metz, 24 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1619).
(2) Rejet, 12 avril 1848 (Dalloz, 1848, 1, 208).

cause dans le défaut d'inventaire; si l'époux subit des condamnations étrangères à l'inventaire, il ne peut être question de déclarer le subrogé tuteur responsable de ce chef; ce serait étendre une responsabilité tout à fait exceptionnelle; or, les exceptions ne s'étendent point (1).

Nº 5. APPLICATION ANALOGIQUE DE L'ARTICLE 1442.

191. Les dispositions de l'article 1442 reçoivent-elles leur application à la communauté conventionnelle? On enseigne l'affirmative, et la jurisprudence est dans le même sens (2). La décision n'est pas contestable, il n'en est pas de même des motifs que l'on donne. Il y a même raison de décider, dit Troplong; car la communauté conventionnelle, aussi bien que la communauté légale, laisse des effets communs et une masse sociale dont il est très-important que les forces soient constatées. Sans doute. Mais à qui appartient-il d'imposer des obligations et de les sanctionner par des peines? A l'interprète? Non, certes. Le législateur seul a ce droit, et c'est aussi lui seul qui peut étendre des peines par des motifs d'analogie ; le juge ne le peut pas. Laissons là les mauvaises raisons quand il y en a une qui est décisive et qui est écrite dans la loi. L'article 1528 porte que « la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas où il n'y a pas été dérogé implicitement par le contrat. » Il suit de là que les deux régimes n'en font réellement qu'un seul; donc l'article 1442 est applicable à la communauté conventionnelle. Par la même raison on doit l'appliquer à la société d'acquêts que les époux stipulent en se mariant sous le régime dotal, car la société d'acquêts est une clause de communauté conventionnelle, et elle ne perd pas ce caractère par la circonstance qu'elle est ajoutée au régime dotal (3).

(1) Metz, 24 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1619).
(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. V, p. 385, note 14, § 515.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 385 et note 15, § 515, et les autorités qu'ils citent.

192. Dans les autres régimes exclusifs de communauté, l'article 1442 ne peut pas recevoir son application. Cela est assez généralement admis en ce qui concerne la privation de l'usufruit légal. La tradition, le texte et les principes concourent à prouver que l'article 1442 est étranger au régime dotal, à la séparation de biens et au régime d'exclusion de communauté. Ce sont nos anciennes coutumes qui ont imposé à l'époux commun en biens l'obligation de faire inventaire sous certaines peines. Ces peines ont été modifiées par le code civil, mais il ne les a appliquées, comme cela se faisait sous l'ancien droit, qu'au régime de communauté. L'article 1442 est placé sous la rubrique de la dissolution de la communauté; il ne concerne donc que l'époux commun en biens. Quand même il y aurait des motifs d'analogie pour l'étendre à d'autres régimes, l'interprète n'en pourrait tenir aucun compte, car il ne lui est pas permis d'étendre des dispositions pénales; ce serait faire la loi. On peut même contester qu'il y ait analogie (1); nous n'entrons pas dans ce débat, car nous n'avons pas à faire la loi, notre mission se borne à l'interpréter.

L'opinion contraire trouve cependant quelques partisans, et nous leur devons un mot de réponse sur une question de principe. Rodière et Pont disent que la communauté formant le droit commun, toute disposition placée au chapitre *De la communauté* et susceptible de se combiner avec les autres régimes peut être appliquée à ces régimes (2). Nous contestons le principe. Les divers régimes ont une origine différente et un caractère différent; on ne dira certes pas que la communauté est la règle en ce qui concerne le régime dotal et que les principes de la communauté reçoivent leur application à ce régime en tant qu'il n'y est pas dérogé. Les deux régimes n'ont rien de commun, et chacun doit être interprété par les règles qui lui sont propres et par la tradition à laquelle

(1) Voyez deux arrêts très-bien motivés de Toulouse, 19 décembre 1839 et 1er avril 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1621). C'est l'avis de la plupart des auteurs (Aubry et Rau, t. V, p. 385 et note 16).
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 235, n° 999. Toullier, t. VII, 1, p. 11, n° 10

il se rattache. Il en est de même des autres régimes exclusifs de communauté. Le lien que l'on prétend établir entre la communauté et les régimes qui excluent la communauté n'existe qu'entre la communauté légale et la communauté conventionnelle ; l'article 1528 que nous venons de transcrire le dit ; mais par cela même que la loi ne le dit que des deux régimes de communauté, on ne peut pas étendre ce lien à des régimes qui excluent toute société de biens.

193. L'article 1442 contient une autre sanction également pénale, en permettant aux parties intéressées de prouver la consistance de la communauté par la preuve de la commune renommée. Peut-on étendre cette disposition à tous les cas où il y a obligation pour l'époux survivant de faire inventaire de la succession du conjoint prédécédé? Nous croyons que la question doit être décidée négativement par les motifs que nous venons de donner. Il s'agit d'une preuve tout à fait exceptionnelle que la loi n'établit que dans les cas où elle veut punir le conjoint pour n'avoir point fait l'inventaire qu'elle lui prescrit de dresser. C'est au législateur seul à voir quand il lui convient de prononcer une peine. Au risque de tomber dans l'arbitraire de l'ancien droit, il faut maintenir strictement le principe : pas de peine sans loi pénale, pas d'exception sans un texte qui l'établisse.

La cour de Caen l'a jugé ainsi : elle a décidé qu'il n'y avait lieu à l'enquête par commune renommée que dans les trois cas prévus par les articles 1415, 1442 et 1504, en se fondant sur ce que ce genre de preuve est exorbitant du droit commun. La preuve testimoniale elle-même ne peut être admise que dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi ; et l'on veut qu'une preuve bien plus dangereuse devienne le droit commun, car c'est à cela que l'on aboutit dès que l'on admet l'application analogique de la loi. Sur le pourvoi, il intervient un arrêt de rejet ; mais la cour de cassation n'admet point l'interprétation restrictive consacrée par la cour de Caen, le conseiller rapporteur la rejette formellement. La cour suprême s'est prononcée dans un autre arrêt pour l'interprétation

analogique (1); les auteurs sont également divisés (2).

§ II. *Le divorce et la séparation de corps.*

194. La communauté se dissout par le divorce (article 1441), parce que le divorce dissout le mariage (article 227); et il ne peut plus y avoir d'association entre époux quand il n'y a plus d'époux. Aux termes de l'article 227, le mariage se dissout par le divorce légalement prononcé; c'est l'officier de l'état civil qui prononce le divorce, en vertu du jugement qui l'autorise, quand il a lieu pour cause déterminée (art. 264) ou de l'arrêt qui l'admet quand il a lieu par consentement mutuel (art. 294). La communauté est dissoute du moment où l'officier public a prononcé le divorce. Il ne faut pas d'autre formalité. Quand la communauté se dissout par la séparation de biens, la loi multiplie les formes afin de donner de la publicité au jugement qui prononce la séparation. Le législateur a cru, sans doute, que ces formalités étaient inutiles quand il s'agit du divorce. La procédure en divorce a, il est vrai, un grand retentissement, et le divorce est prononcé publiquement par l'officier de l'état civil. Toutefois, dans l'intérêt des tiers qui contractent avec les époux, il eût été utile de rendre publique la dissolution du mariage. Il est arrivé qu'un mari divorcé a aliéné les conquêts de la communauté; la vente a été déclarée nulle, malgré les réclamations de l'acheteur, qui alléguait l'ignorance où il était du divorce et sa bonne foi. La cour de Paris dit très-bien que c'est aux tiers qui traitent avec une personne à s'assurer de son état et de sa qualité, et que la bonne foi de l'acquéreur ne saurait donner à celui qui vend le droit de

(1) Caen, 23 juin 1841, et Rejet, 19 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 941). Cassation, 17 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Enquête*, n° 107). Il y a un arrêt de la cour de Liége, 12 janvier 1844, dans le sens de notre opinion (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1598; *Pasicrisie*, 1844, 2, 115).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 386, § 515. Troplong, t. I, p. 263, n° 821. En sens contraire, Marcadé, t. V, p. 580, n° III de l'article 1442 et les auteurs qu'il cite.

transmettre la propriété d'une chose qui ne lui appartient pas (1).

195. Il ne faut pas confondre le divorce avec l'annulation du mariage. Pothier dit que le jugement qui déclare un mariage nul n'est pas tant une dissolution de la communauté conjugale qu'une déclaration qu'il n'y a jamais eu de véritable communauté conjugale. C'est la conséquence des principes qui régissent la nullité des actes. Quand un acte est nul, il est censé n'avoir jamais existé : il n'y a donc pas eu de mariage si le mariage est annulé, et sans mariage il n'y a pas de communauté entre époux. Toutefois, dit Pothier, il y a, dans ce cas, entre les parties, une société de fait; par conséquent, chacune d'elles retire ce qu'elle y a mis et elles partagent les profits (2). On sait que ces principes reçoivent exception lorsque le mariage est putatif. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Mariage*.

196. « La séparation de corps emportera toujours séparation de biens » (art. 311). Nous avons exposé le principe au titre du *Divorce* (t. III, n° 351). Quant aux difficultés que présente l'application du principe, nous les rencontrerons en traitant de la séparation de biens. La séparation de biens peut être demandée directement, et elle dissout la communauté aussi bien que lorsque les époux sont séparés de corps (art. 1441). Mais il y a cette différence que la séparation de corps et, par suite, la séparation de biens qui en résulte peut être demandée par chacun des époux, tandis que la femme seule peut demander la séparation de biens directement; nous allons en dire la raison en traitant de la séparation de biens.

§ III. *De la séparation de biens.*

197. La séparation de biens ne peut résulter que d'un jugement. Toute séparation volontaire est nulle (art. 1443). Ce principe s'applique à la séparation de corps. Les époux

(1) Paris, 22 mars 1810 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1562).
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 508.

conviennent parfois de vivre séparément, sans sentence judiciaire qui les sépare ni de corps ni de biens. Ces conventions sont nulles. Il ne dépend pas de la volonté des époux de se soustraire aux obligations qu'ils ont contractées en se mariant; or, la vie commune est la première de ces obligations. La femme est obligée d'habiter avec le mari et le mari est obligé de recevoir la femme(art. 214). Ce devoir ne cesse que par le jugement qui déclare les époux séparés de corps. La convention de séparation de corps volontaire est donc radicalement nulle comme contraire à l'ordre public; c'est une de ces conventions que la doctrine considère comme inexistantes, parce qu'elles n'ont pas d'objet légal ni de cause licite(art. 1131 et 1133). Par suite elles ne peuvent produire aucun effet. Vainement les époux stipuleraient-ils une peine pour en assurer l'exécution; la nullité de l'obligation principale entraînerait celle de la clause pénale (art. 1227).

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que la convention des époux de vivre séparément n'est pas obligatoire. Par suite l'époux qui, en vertu de cette convention, a renoncé à poursuivre une demande en séparation de corps n'est pas lié par sa renonciation, alors même qu'il aurait exécuté le traité (1). Toute convention ou renonciation pareille est nulle, dit la cour de Bordeaux, et ne saurait produire aucun effet (2). Les séparations volontaires sont d'ordinaire accompagnées de conventions pécuniaires : l'un des époux s'oblige à payer une pension à l'autre; il va de soi que la convention principale étant inexistante, les conventions accessoires ne sauraient avoir d'effet (3). Dans l'espèce jugée par la cour de Grenoble, la femme s'était obligée à payer au mari une pension de 4,000 francs. Que l'engagement soit pris par la femme ou par le mari, peu importe, il est toujours frappé de nullité. Les deux époux se doivent sans doute secours et assistance; le mari doit fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie et la femme est obligée

(1) Caen, 11 avril 1818 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 14).
(2) Bordeaux, 3 février 1853 (Dalloz, 1854, 2, 9).
(3) Grenoble, 11 mars 1851 (Dalloz, 1853, 2, 63).

de contribuer aux charges du ménage d'après les conventions matrimoniales. Mais ces obligations réciproques supposent une vie commune; hors de la vie commune, tout est illégal et frappé de nullité absolue.

198. Ces conventions sont nulles alors même qu'elles ne concernent que les intérêts pécuniaires des époux et que la vie commune subsiste; l'article 1442 déclare nulle toute séparation de biens volontaire. La raison en est que les conventions matrimoniales sont irrévocables et ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1394, 1395). Or, la séparation volontaire serait un nouveau régime qui prendrait la place de la communauté légale. Cette dissolution de la communauté, suivie d'un nouveau régime, ne peut se faire que par jugement; nous en dirons les raisons plus loin. Consentie par les époux, elle est radicalement nulle. Peu importe, dit Pothier, que la femme ait de justes sujets de demander la séparation de biens, il faut qu'elle la poursuive en justice. Pothier dit que la séparation volontaire pourrait avoir pour objet des avantages indirects entre époux, et, dans l'ancien droit, ces libéralités étaient prohibées (1). Il y a d'autres raisons qui s'opposent à toute modification des conventions matrimoniales et, avant tout, l'intérêt des tiers. On dira que l'intérêt des tiers n'empêche pas la femme d'obtenir la séparation de biens en justice. Non, mais du moins les créanciers pourront intervenir dans l'instance afin de veiller à ce que la séparation de biens ne se fasse pas en fraude de leurs droits, et la loi prescrit des formes et des conditions qui tendent au même but; les tiers n'auraient pas ces garanties dans une séparation volontaire; c'était un motif déterminant pour la prohiber.

Les époux ont essayé d'échapper à la prohibition de l'article 1442 en qualifiant leurs conventions de transaction. Dans le cours d'un procès en séparation de biens, les parties transigent; le mari donne à la femme une autorisation générale d'administrer et d'aliéner non-seulement ses propres, mais encore les conquêts, et il stipule en

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 514.

compensation une rente viagère. Il fallait une singulière ignorance pour consentir des conventions toutes radicalement nulles en vertu de dispositions formelles du code(1). Les clauses pénales ajoutées à une convention nulle sont également frappées de nullité par le texte de la loi (article 1227); et, dans l'espèce, la convention était plus que nulle, elle était inexistante (2). Il est cependant arrivé que les parties ont exécuté les conventions en procédant à une liquidation et au partage de la communauté; le mari a délivré à la femme ses reprises. De là des difficultés quand l'une des parties intéressées demande la nullité des conventions et de tous les actes d'exécution. Est-ce que la femme devra restituer tout ce qu'elle a reçu? On enseigne que le mari n'est point libéré par les payements qu'il fait; que malgré ces payements la femme a le droit d'exercer ses reprises, à la charge seulement de tenir compte des valeurs qui existeraient encore entre ses mains ou qui auraient tourné à son profit (3). Ce dernier point nous paraît plus que douteux. Que la femme puisse exercer tous ses droits, comme s'il n'y avait pas eu de convention, cela est certain, puisque la convention n'a aucune existence légale et ne peut produire aucun effet; mais, de son côté, la femme doit restituer ce qu'elle a reçu, parce qu'elle l'a reçu sans cause et qu'elle le retiendrait sans cause. En la déclarant tenue seulement jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité, on la met sur la même ligne que le mineur et l'on suppose qu'il y avait dette; l'article 1241 dit que le payement fait au créancier est nul s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. Cette disposition est inapplicable dans l'espèce, car il n'y a ni créancier ni débiteur. Il y a une convention illicite; l'article 1131 dit que cette convention ne peut produire aucun effet; donc les parties doivent être mises dans la situation où elles étaient avant d'avoir contracté. Cela décide la question.

(1) Riom, 9 juin 1817 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1698).
(2) Caen, 14 novembre 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1713).
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 386 et note 18, § 515, et les autorités qu'ils citent.

On objectera que le payement étant indû, il faut appliquer à la femme le principe que celui qui reçoit de bonne foi ce qui ne lui est pas dû n'est tenu de restituer qu'en tant qu'il a profité du payement. Nous répondons que la femme ne peut pas invoquer ce principe ; elle est partie à une convention illicite, donc elle est en faute aussi bien que le mari ; c'est le cas des articles 1131 et 1133, et non le cas du quasi-contrat du payement indû prévu par l'article 1376 (1).

ARTICLE 2. De la séparation judiciaire (2).

§ Ier. *Qui peut demander la séparation?*

No 1. DE LA FEMME.

199. La femme peut demander la séparation de biens, le mari ne le peut pas (art. 1443). Pothier dit que la raison en est que le mari a seul en sa libre disposition tous les biens de la communauté (3). C'est, en effet, le pouvoir absolu du mari qui justifie le droit ou le privilége que la loi accorde à la femme. Elle est exclue de l'administration ; quand même le mari dissiperait la communauté par de folles dépenses ou par de malheureuses spéculations, elle n'a pas le droit de s'y opposer. Cependant elle est associée, elle apporte sa dot, son travail, son économie dans la gestion des intérêts communs, toute sa fortune peut être et sera souvent engagée dans la société conjugale : si le mari dissipe les biens, la femme perdra tout ce qui, de son chef, sera entré dans la communauté, en biens, en soins, en épargnes, et elle se verra réduite à la misère avec ses enfants. La loi devait à la femme une compensation. Quand il est prouvé que la communauté,

(1) C'est à peu près l'opinion de Troplong, sauf qu'il noie sa pensée dans un déluge de paroles (t. I, p. 393, no 1349).

(2) Dutruc, *Traité de la séparation de biens judiciaire*. Paris, 1853, 1 vol. in 8o.

(3) Pothier, *De la communauté*, no 513.

organisée dans l'intérêt des deux époux, menace de devenir désastreuse pour la femme, elle doit avoir le droit d'en demander la dissolution.

Le motif qui justifie le droit de la femme prouve en même temps que le mari ne peut pas l'avoir. C'est une garantie contre le pouvoir absolu dont il jouit. Celui qui exerce ce pouvoir absolu ne peut pas demander qu'il prenne fin parce qu'il tourne à son préjudice. Il doit subir les mauvaises conséquences qui résultent de l'autorité absolue comme il profite de ses bénéfices. Toutefois le mari peut indirectement obtenir la séparation de biens, s'il demande la séparation de corps. Mais ceci est un tout autre ordre d'idées. La communauté peut être florissante quand l'un, des époux ou tous les deux demandent la séparation de corps qui dissoudra leur société; c'est parce que les obligations nées du mariage ont été violées que la loi permet aux époux de mettre fin à la vie commune; les causes qui donnent lieu à la séparation de corps n'ont rien de commun avec les motifs pour lesquels la femme peut obtenir la séparation de biens.

200. La femme demande la séparation de biens. Elle vient à mourir pendant l'instance : est-ce que ses héritiers pourront la continuer? En général, toute instance peut être reprise par les héritiers; et il est de principe que les droits, personnels de leur nature, cessent de l'être du moment qu'ils sont introduits en justice. Ce principe décide notre question. Des droits pécuniaires sont attachés à la séparation de biens, c'est dans un intérêt pécuniaire que la demande est formée; cet intérêt est non-seulement celui de la femme, c'est aussi l'intérêt de ses héritiers et, avant tout, de ses enfants. Il faut donc que les héritiers aient le droit de poursuivre la demande formée par la femme. Qu'importe que le droit de la femme soit une espèce de privilége? Il reste vrai de dire que la femme doit obtenir par sa demande ce qu'elle aurait obtenu si le juge avait pu rendre immédiatement sa décision : elle aurait recueilli alors les avantages de la demande en séparation, et elle les aurait transmis à ses héritiers. Ce sont là les motifs pour lesquels un droit personnel devient un droit patri-

monial quand il est réclamé en justice. Pourquoi le droit de la femme ferait-il exception? Elle a demandé la dissolution d'une communauté mauvaise, parce qu'elle attendait une succession et qu'elle voulait sauver ce débris de sa fortune pour elle et pour ses enfants. Elle meurt pendant l'instance : est-ce une raison pour que les biens de la succession entrent en communauté et qu'ils soient absorbés par les créanciers? La femme et ses enfants auraient recueilli les biens si l'instance avait pu se terminer immédiatement. Il ne faut pas que les lenteurs nécessaires de la justice nuisent aux parties intéressées. Cela décide la question en raison comme en droit.

On objecte que l'action en divorce et l'action en séparation de corps tombent, dans l'opinion que nous avons enseignée, quand l'époux demandeur vient à mourir; ses héritiers ne peuvent pas poursuivre l'instance, quoiqu'ils y aient un intérêt pécuniaire. La réponse est facile. Les intérêts pécuniaires ne sont qu'un accessoire dans la demande en divorce et en séparation de corps; c'est une conséquence de l'action, ce n'est pas l'objet que les parties ont en vue. Or, l'action principale est éteinte par la mort, les héritiers ne peuvent pas la continuer; par suite ils sont non recevables à poursuivre l'action en ce qui concerne les intérêts pécuniaires (t. III, n°s 217 et 356). Quand la femme demande la séparation de biens et qu'elle vient à décéder avant le jugement, on ne peut pas dire aux héritiers : A quoi bon demander la dissolution de la communauté alors qu'elle est dissoute? Les héritiers répondraient que la demande de la femme avait pour objet non-seulement d'obtenir la dissolution de la communauté, mais aussi de profiter de tous les droits qui sont attachés à la séparation. Nous avons cité le cas où une succession va s'ouvrir à son profit : l'intérêt de la demande subsiste, quoique la mort ait dissous la communauté. De même si le mari a fait des actes d'administration ou de disposition qui lèsent les intérêts de la femme et portent atteinte à ses droits, il y a un intérêt pécuniaire pour les héritiers à poursuivre l'action; c'est pour sauvegarder cet intérêt qu'on doit les admettre à reprendre l'instance.

C'est l'opinion de la plupart des auteurs (1). La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire (2). Elle est sans autorité en cette matière, parce que les cours ne donnent aucun motif à l'appui de leur décision, et des arrêts non motivés ne sont que de simples affirmations.

N° 2. DES CRÉANCIERS.

201. Aux termes de l'article 1446, « les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens. » C'est une dérogation aux principes généraux, plutôt qu'une application de ces principes. L'article 1166 établit comme règle que « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. » La difficulté est de savoir si le droit de demander la séparation de biens est exclusivement attaché à la personne de la femme. Si l'on admet la définition que nous avons donnée des droits personnels au point de vue de l'article 1166, il faut dire que ce droit n'est pas exclusivement attaché à la personne de la femme débitrice. En effet, c'est un droit essentiellement pécuniaire, puisqu'il a pour objet de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme. Il y a, il est vrai, un élément moral en cause, mais ce n'est certainement pas l'élément dominant. On dit que la séparation de biens, en séparant les intérêts pécuniaires des époux, menace de relâcher le lien des âmes; cela est très-vrai; mais comme en droit le mariage subsiste avec toutes ses conséquences, le législateur n'a pas tenu compte de cette considération, et l'interprète, à notre avis, n'aurait pu en tenir compte pour refuser aux créanciers le droit d'agir. On dit que c'est précisément à raison des conséquences de la séparation de biens que la loi ne donne pas aux créanciers le droit de la demander. La femme peut ne pas demander la séparation

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 388, note 2, § 516. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 245, n° 95 *bis* I.

(2) Douai 23 mars 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1669). Bastia, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1872, 1, 260).

en négligeant ses intérêts pécuniaires pour maintenir l'union et l'harmonie dans la famille; tandis que les créanciers, pour le plus mince intérêt pécuniaire, n'auraient pas manqué d'agir. Nous répondons que si les créanciers sont réellement intéressés à la séparation, on devrait leur donner le droit de la demander. Rien n'est plus respectable que le sacrifice de la femme, tant qu'elle ne sacrifie que ses intérêts; mais elle n'a pas le droit de sacrifier les intérêts de ses créanciers (1).

202. Les créanciers sont admis à demander la séparation de biens avec le consentement de la femme. Dans ce cas, ce sont eux qui agissent, eux seuls figurent au procès, mais ils y représentent la femme, et, par conséquent, le jugement aura pour effet de dissoudre la communauté. Les créanciers ont encore un autre droit. « En cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances » (art. 1446). Ce droit corrige ce que la loi a d'inique. Les créanciers ne peuvent pas demander la séparation au nom de la femme tant que le mari est solvable; dans ce cas, le droit moral de la femme l'emporte sur l'intérêt des créanciers. Mais quand le mari devient insolvable, la femme ne peut plus, par son inaction, compromettre les intérêts de ses créanciers. Quand le mari est-il insolvable? S'il est commerçant, il faut un jugement qui le déclare en faillite. S'il n'est pas commerçant, les créanciers doivent prouver qu'il est en déconfiture. Cette preuve donne lieu à de nombreuses difficultés dans le cas où la loi déclare déchu du bénéfice du terme le débiteur qui est en déconfiture (art. 1188). Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVII, n°s 194 et suiv.). Il a été jugé que les créanciers ne peuvent agir, en vertu de l'article 1446, que lorsque le mari est poursuivi par ses créanciers personnels et que les biens mis en discussion ne suffisent pas pour acquitter ses dettes (2).

(1) Voyez, en sens divers, Mourlon, t. III, p. 81, n° 187; Duranton, t. XIV, p. 555, n° 418; Marcadé, t. V, p. 588, n° 1 de l'article 1446.

(2) Aix, 23 février 1818, et Rejet, 21 mars 1822 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1687).

203. Il est plus difficile de déterminer quels sont les droits des créanciers dans le cas où le mari est insolvable. L'article 1446 dit qu'ils peuvent exercer les droits de leur débitrice. Or, celle-ci n'agit point, elle ne demande pas la séparation. Faut-il induire de l'article 1446 que la séparation de biens a lieu de plein droit quand le mari est en faillite ou en déconfiture? L'article 1446 ne dit pas cela et l'article 1443 dit le contraire, car il exige un jugement, donc une action. On ne peut pas non plus induire de la loi que les créanciers de la femme aient le droit de demander la séparation quand le mari est insolvable, car ce serait faire dire au second alinéa de l'article 1446 le contraire de ce que dit le premier. S'il n'y a ni dissolution de plein droit, ni séparation prononcée par jugement, comment les créanciers peuvent-ils exercer les droits de la femme? Celle-ci n'a de droits que si la communauté est dissoute, elle n'en a pas tant que la communauté dure; la loi suppose cependant que la femme a des droits, puisqu'elle permet à ses créanciers de les exercer; comme la communauté n'est pas dissoute en réalité, il ne reste qu'à admettre qu'elle est dissoute fictivement dans l'intérêt des créanciers et à leur égard, bien qu'elle subsiste entre époux. Ce n'est pas le seul cas dans lequel la loi recourt à des fictions pour protéger les créanciers. Quand le débiteur renonce à une succession au préjudice de ses créanciers, la loi leur permet de demander la nullité de la renonciation et d'exercer les droits du débiteur dans cette succession; en réalité, le débiteur n'a plus de droit, puisqu'il y a renoncé, et la renonciation subsiste; c'est donc par fiction que les créanciers sont admis à exercer un droit que leur débiteur est censé n'avoir jamais eu.

Dans l'exercice de l'action paulienne, il y a également une fiction. Les créanciers attaquent l'acte que le débiteur a fait en fraude de leurs droits; par suite de l'annulation, le bien sorti du patrimoine du débiteur y rentre, mais il n'y rentre que fictivement, puisque entre le débiteur et le tiers qui a contracté avec lui l'acte subsiste; la fiction est encore une fois établie dans l'intérêt des créanciers. Dans le cas de l'article 1446, une fiction était également néces-

saire pour que les créanciers fussent admis à exercer les droits de la femme, leur débitrice. Le mari est en faillite ou en déconfiture; la femme ne demande pas la séparation, et les créanciers n'ont pas le droit de la demander sans son consentement; or, tant qu'il n'y a pas de séparation, la femme est sans droit et, par suite, les créanciers ne peuvent agir en son nom. Pour qu'ils puissent agir, la loi crée une fiction; elle suppose que la communauté est dissoute; par suite la femme a des droits, et les créanciers sont admis à les exercer en son nom (1).

201. Quels sont les droits que les créanciers peuvent exercer? Il faut voir quels sont les droits de la femme en cas de séparation de biens. Elle a le droit d'accepter ou de renoncer. Les créanciers ont-ils aussi le droit d'option? L'article 1446 dit en termes généraux que les créanciers exercent *les droits* de leur débitrice; donc tous les droits et, par conséquent, l'option. Il faut, d'ailleurs, reconnaître aux créanciers le droit d'option, sinon ils seraient sans droit aucun. En effet, c'est parce que la femme a le droit d'option qu'elle peut renoncer, et il faut aussi que les créanciers puissent renoncer, car ils n'ont aucun intérêt à accepter, l'acceptation les soumettant, même avec le bénéfice d'émolument, à supporter les dettes du mari insolvable. La loi veut donc dire que les créanciers peuvent renoncer comme la femme aurait droit et intérêt à le faire. C'est en ce sens qu'il faut entendre la doctrine des auteurs qui enseignent que les créanciers peuvent exercer les droits de la femme, abstraction faite de sa qualité de commune en biens, c'est-à-dire les droits qui appartiennent à la femme quand elle renonce (2). La formule ne nous paraît pas exacte, elle restreint l'expression générale de l'article 1446, et elle semble dire que la loi considère la femme comme renonçante. Ce serait une nouvelle fiction, et une fiction que la loi ignore; or, il ne faut pas admettre de fictions inutiles. Celle que la loi implique nécessairement suffit : la communauté est fictivement dis-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 246, n[os] 95 *bis* II et III.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 389, et note 3, § 516. Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 247, n° 95 *bis* IV.

soute; après cela, on rentre dans la réalité des choses. La femme a des droits que les créanciers exercent, ils peuvent accepter ou renoncer; ils renonceront s'ils n'ont aucun intérêt à accepter, et, dans ce cas, ils exerceront les droits que la femme exercerait elle-même en cas de renonciation.

205. Quels sont les droits de la femme renonçante? Elle reprend ses propres lorsqu'ils existent en nature, et, s'ils ont été aliénés, les biens acquis en remploi, ou le prix quand le remploi n'a pas été fait. Elle reprend encore les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté (art. 1493). La reprise des propres soulève une difficulté. On demande si les créanciers peuvent reprendre la toute propriété des biens qui appartiennent à la femme. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; c'est une conséquence nécessaire du principe établi par l'article 1446. Les créanciers exercent les droits de leur débitrice, c'est-à-dire les droits qu'elle aurait si elle renonçait. Or, quand la communauté est dissoute, la femme reprend ses immeubles en toute propriété; donc les créanciers ont le même droit (1). La question est cependant controversée. Les motifs que l'on donne à l'appui de l'opinion contraire sont d'une faiblesse extrême. Les uns disent que la loi a seulement voulu empêcher que le capital de la dot ne se perde dans la déconfiture du mari, au préjudice des créanciers : c'est limiter d'une manière tout à fait arbitraire les droits des créanciers; là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de distinguer, à moins que les principes ne l'y obligent; or, l'on chercherait vainement un principe qui commande la distinction entre le capital et les fruits ou intérêts quand il s'agit du droit des créanciers : n'ont-ils pas pour gage le patrimoine de leur débiteur? et ce patrimoine ne comprend-il pas la toute propriété des biens? Duranton invoque l'article 1413, aux termes duquel les créanciers d'une succession immobilière acceptée par la femme avec autorisation de justice n'ont d'action que sur la nue propriété des biens de la femme. Nous avouons

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 389 et note 6, § 516. Marcadé, t. V, p. 589, n° 11 de l'article 1447.

que nous ne comprenons pas ce qu'il y a de commun entre le cas de l'article 1413 et le droit de l'article 1446; c'est mêler et confondre des ordres d'idées tout à fait distincts (1).

206. Sur quels biens les créanciers exerceront-ils leurs droits? Ils agissent au nom de la femme, ils ont donc les droits qu'aurait la femme si elle demandait la séparation et si elle renonçait. Or, la femme renonçante exerce ses reprises et actions, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari (art. 1495); les créanciers ont les mêmes droits (2). Au titre des *Hypothèques*, nous verrons que l'hypothèque légale de la femme s'étend sur les conquêts de la communauté; l'hypothèque sur les conquêts s'efface naturellement quand les immeubles tombent au lot de la femme acceptante, mais quand elle renonce, l'hypothèque subsiste pour le tout; or, les créanciers exercent les droits de la femme renonçante, ils profitent donc de son hypothèque légale sur les conquêts, pourvu qu'elle ait été inscrite et conservée conformément à notre loi hypothécaire (3).

207. La communauté, fictivement dissoute à l'égard des créanciers, subsiste entre époux. Quand elle viendra à se dissoudre, la femme pourra exercer son droit d'option; si elle renonce, tout ce qui aura été fait sur la poursuite des créanciers sera maintenu, puisque, dans cette hypothèse, les créanciers auront, en réalité, exercé les droits de la femme. Mais il se peut que les affaires du mari se soient rétablies et que la femme accepte; il faudra voir si les créanciers ont exercé en son nom des droits que la femme n'a pas en cas d'acceptation. Supposons que la femme ait stipulé la reprise de ses apports en cas de renonciation (art. 1514) : les créanciers auront repris les biens mobiliers apportés par la femme; tandis que celle-ci n'a pas le droit de les reprendre quand elle accepte. Il est impossible que la femme soit considérée tout ensemble

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 610, n° 2114. Duranton, t. XIV, p. 557, n° 420.
(2) Duranton, t. XIV, p. 556, n° 419.
(3) Rejet, chambre civile, 4 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 61).

comme renonçante et comme acceptante; elle devra donc rapporter à la communauté les apports que les créanciers auront repris (1).

Sur ce point, il n'y a aucun doute. Mais que faut-il décider quant aux revenus des valeurs que les créanciers reprennent au nom de la femme renonçante? La renonciation de la femme était une fiction; de fait la communauté n'a jamais été dissoute entre les époux; or, la communauté a droit aux revenus des biens de la femme; elle a été privée de ces revenus par l'exercice anticipé des droits que la femme régulièrement ne peut exercer qu'à la dissolution de la communauté. Comme les créanciers ont agi au nom de la femme, il en résulte que c'est la femme qui a privé la communauté des revenus auxquels celle-ci a droit. Par conséquent elle devra compte de ces revenus à la masse lors de la liquidation. De son côté, la communauté tiendra compte des intérêts des dettes de la femme qu'elle aurait dû supporter et qu'elle ne supporte pas, puisque les créanciers ont été payés (2).

§ II. *Des causes pour lesquelles la femme peut demander la séparation de biens.*

N° 1. LE TEXTE.

208. « La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme » (article 1443). Il y a peu de dispositions dans le code qui aient donné lieu à autant de décisions judiciaires que celle-ci. Cela prouve qu'elle n'est pas très-claire. On demande si l'article 1443 prévoit deux causes différentes pour lesquelles la femme peut demander la séparation, ou si les deux causes que la loi énumère n'en font réellement qu'une

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 248, n° 95 *bis* V.
(2) Marcadé, t. V, p. 589, n° 1, de l'article 1447. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 248, n° 95 *bis* VI.

seule. Puis on demande si ces deux causes sont les seules pour lesquelles la séparation puisse être obtenue. La loi est-elle restrictive? La doctrine et la jurisprudence se sont attachées à l'esprit de la loi, de préférence à un texte mal rédigé, et elles ont permis à la femme de demander la séparation dans tous les cas où l'intérêt de la femme l'exige. N'est-ce pas dépasser le texte de la loi? et l'interprète a-t-il ce droit? Il faut, avant tout, expliquer le texte, car l'interprétation des termes de la loi est controversée.

209. La femme peut demander la séparation quand sa *dot* est mise en péril. Qu'entend-on par *dot* dans l'article 1443? Ce mot a un sens technique défini par l'article 1540 : « La dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » L'article 1540 dit expressément que cette définition s'applique au chapitre II, c'est-à-dire au régime de la communauté. Il y a donc dot sous ce régime: quels biens sont dotaux? Le mobilier présent et futur de la femme entre en communauté; la femme ne le reprend pas, à la vérité, comme sous le régime dotal, néanmoins c'est un bien qu'elle apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage; donc c'est une dot et, par conséquent, cette dot tombe sous l'application de l'article 1443; si elle est mise en péril, la femme peut demander la séparation de biens. Quand peut-on dire qu'elle est mise en péril? C'est ce que nous examinerons plus loin. Pour le moment, nous constatons seulement le sens du mot *dot*. La définition qu'en donne l'article 1540 doit recevoir son application à l'article 1443; cela est de tradition. Toullier cite la coutume de Bretagne; la plus ancienne rédaction portait : « Les biens meubles sont par coutume attribués au mari, et en peut faire sa volonté, faisant providence à sa femme advenantement (c'est-à-dire entretenant sa femme honnêtement, comme dit la nouvelle coutume), durant le mariage entre eux, jusque tant que le mari mal use. » Quand le mari mal use des biens meubles, la dot est mise en péril, aux termes de l'article 1443, bien que la dot appartienne au mari, mais elle lui est apportée avec une destination, une charge; le mari doit l'employer à cette destination con-

ventionnelle; s'il ne le fait pas, il mal use; donc la dot est en péril (1).

Les revenus des propres de la femme sont également dotaux, puisqu'ils entrent en communauté pour aider le mari à supporter les charges du mariage. Il faut dire des revenus des immeubles ce que nous venons de dire des meubles : ils deviennent la propriété du mari, mais c'est avec une charge, ou une destination résultant de la convention tacite des époux; les revenus doivent être employés aux besoins de la famille. En ce sens, ils sont dotaux, quoiqu'ils soient propriété du mari; et si le mari en use mal, la dot est en péril.

En définitive, sous le régime de communauté légale, la dot devient toujours la propriété du mari; et quoiqu'il soit de principe que le mari est seigneur et maître de la communauté et qu'il peut perdre et dissiper les biens communs, il y a un contre-poids à cette autorité absolue. S'il abuse, la femme peut demander la séparation, c'est-à-dire la dissolution d'une société qui n'est pas contractée pour donner au mari le droit d'abuser. En ce sens, la dot de la femme est en péril, quoiqu elle en ait transporté la propriété au mari. La jurisprudence est en ce sens (2); et, sur ce point, il ne saurait y avoir de doute, puisque le texte de l'article 1443, combiné avec l'article 1540, le dit.

210. L'article 1443 contient une autre expression dont le sens doit être précisé : lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les *biens* de celui-ci ne soient point *suffisants* pour *remplir* les *droits* et *reprises* de la femme, celle-ci peut demander la séparation de biens. Que faut-il entendre par *droits* et *reprises?* Nous commençons par le mot *reprises*, qui a donné lieu à une interprétation erronée. On dit que la loi s'applique au cas où la femme a des droits et reprises à exercer en vertu de son *contrat de mariage* (3). Cela suppose une communauté conventionnelle; donc l'explication ne convient point à

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 29, n° 23.
(2) Gand, 15 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 363).
(3) Troplong, t. I, p. 386, n° 1322.

l'article 1443 qui se trouve dans le chapitre de la *Communauté légale,* laquelle existe quand les époux n'ont pas fait de contrat. Il faut donc voir quelles sont les *reprises* que la femme a à exercer sous le régime de communauté légale sans stipulation aucune. L'article 1472 qualifie de *reprises* les prélèvements que les époux exercent sur la masse avant d'en faire le partage; d'après l'article 1470, les époux reprennent leurs propres immobiliers quand ils existent en nature; s'ils ont été aliénés, ils reprennent les biens qui ont été acquis en remploi, ou le prix qui aura été versé dans la communauté. Les époux prélèvent encore ou ils reprennent les indemnités qui leur sont dues par la communauté; ce qui suppose que les époux ont des propres, car la communauté ne leur doit une indemnité que lorsqu'elle a tiré un profit des biens personnels des époux (art. 1433). Quand la femme a des reprises à exercer, elle a une action sur les biens du mari en cas d'insuffisance des biens communs; c'est à raison de ce recours qu'elle peut demander la séparation, aux termes de l'article 1443, lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens du mari ne soient point suffisants pour remplir les reprises de la femme.

Telle est l'explication légale du mot *reprises;* on ne saurait la contester, puisqu'elle est puisée dans le texte même de la loi. La jurisprudence l'a consacrée en décidant que les reprises de la femme, quoique éventuelles, lui permettent de demander la séparation de biens. Les reprises ne peuvent être exercées qu'à la dissolution de la communauté; en ce sens, elles sont toujours éventuelles; si la femme a des récompenses contre la communauté, la communauté peut aussi avoir des récompenses contre elle. Ces récompenses respectives se liquident après la dissolution de la communauté, c'est alors seulement que l'on peut calculer qui est créancier, qui est débiteur. Il y a plus; la cour de Liége a jugé que la femme pouvait demander la séparation quand même elle n'aurait pas de reprises actuelles à exercer; il suffit qu'elle puisse en avoir; et elle peut en avoir dès qu'elle a des propres. Le mari dont les affaires sont en désordre cherchera des ressources dans

les biens de la femme, dont il a l'administration et la jouissance ; il les dégradera, il fera des coupes de bois qu'il n'a pas le droit de faire, il consentira des baux ruineux pour la femme, en stipulant des pots-de-vin à son profit ; il extorquera de sa femme le consentement de vendre ses propres et emploiera le prix à payer ses dettes. Voilà bien des causes de reprises futures, éventuelles, il est vrai, mais que le désordre même des affaires du mari réalisera; et ce désordre qui donne lieu aux reprises mettra en même temps la femme dans l'impossibilité de les exercer, puisque le mari dissipera ses propres biens comme il dissipera les biens de la femme. Il faut donc permettre à celle-ci de demander la dissolution de la communauté pour empêcher sa ruine, qui serait certaine (1).

211. Reste le mot *droits*. Quels sont les *droits* à raison desquels la femme peut demander la séparation? On pourrait croire que la loi entend garantir tous les droits que la femme peut avoir sous le régime de communauté, quels qu'ils soient. C'est bien à ce principe qu'aboutissent la doctrine et la jurisprudence, et le principe ainsi formulé est fondé en raison. La femme est associée, mais associée dépendante, elle n'a aucun moyen d'empêcher le mari de mal user de son autorité absolue; c'est comme garantie contre ce despotisme que la loi donne à la femme le droit de rompre une société qui ne répond pas au but dans lequel elle a été contractée. Ce n'est pas pour perdre ses droits que la femme devient associée, c'est pour les conserver et les accroître; si donc le désordre des affaires du mari compromet un droit quelconque de la femme, elle doit avoir le droit d'agir en séparation.

Telle est la vraie théorie : mais est-ce là le sens du mot *droits* dans l'article 1443? La négative est certaine. En effet, la loi limite le sens vague du mot *droits* en disant que ces droits doivent donner à la femme une action sur les biens du mari, action que le désordre de ses affaires menace de rendre inefficace. Il faut donc voir quels sont

(1) Liége, 3 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 170) et 3 juillet 1833 (*ibid.*, 1833, 2, 191).

les droits à raison desquels la femme a une action sur les biens personnels du mari. L'article 1472 répond à la question, c'est le seul qui donne à la femme un recours sur les biens personnels du mari, et la loi ne lui accorde cette action que pour ses reprises. Donc le mot *droits* dans l'article 1443 est synonyme de *reprises* ; il est inutile, et il pourrait être effacé, car il n'en résulte pas une cause spéciale qui permette à la femme de poursuivre la séparation de biens. C'est sans doute pour cette raison que les auteurs ne parlent pas même des *droits* de la femme ; c'est dire que, dans leur opinion, les droits se confondent avec les reprises.

212. Maintenant il nous sera facile de répondre à la question de savoir si l'article 1443 prévoit deux causes distinctes pour lesquelles la séparation peut être demandée ou s'il n'en prévoit qu'une seule. La question n'est pas sans intérêt pratique, comme nous le dirons plus loin (n° 218). La plupart des auteurs enseignent que les deux causes que l'article 1443 semble admettre n'en forment qu'une seule (1). « Les deux membres de phrase, dit-on, expriment la même pensée, l'un sous une forme concise, l'autre par voie de paraphrase. En effet, la *dot* est *en péril* quand on peut craindre que la femme n'exerce pas utilement son droit de la *recouvrer* ; et, de même, quand les *droits et reprises* de la femme sont menacés, on peut dire que la *dot* est en péril, car ces *droits et reprises* représentent, dans le patrimoine de la femme, des valeurs qui faisaient partie de la *dot*. »

Nous croyons que cette interprétation est contraire au texte formel de la loi. Le code distingue le péril qui peut menacer les intérêts de la femme, soit à raison de sa *dot*, soit à raison de ses *reprises*. Est-il vrai que la *dot* et les *reprises* se confondent? Sous le régime de communauté légale, la *dot* comprend les biens qui deviennent la propriété du mari ; la femme n'a pas le droit de les *reprendre*, puisqu'ils font partie de la communauté ; la femme prend

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 229, n° 91 *bis* II. Marcadé, t. V, p. 581, n° 1, de l'article 1443.

la moitié de la communauté quand elle accepte; son mobilier peut s'y trouver, de même que les économies faites sur ses revenus; mais ce n'est pas à ce titre qu'elle les *reprend*, elle prend la moitié des biens qui composent l'actif social. Elle ne *recouvre* donc pas ses biens par voie de *reprise;* elle prend la moitié de la communauté à titre d'associée. Ce n'est pas une dispute de mots. Si la femme *reprenait* ses biens ou les *recouvrait,* elle aurait une *reprise* à raison de ses effets mobiliers; elle exercerait cette reprise sur les biens du mari en cas d'insuffisance de la communauté, et elle y aurait même droit en cas de renonciation. Or, il est bien certain que la femme n'a aucune *reprise* à raison de sa *dot* et qu'elle perd tout droit sur sa *dot* quand elle renonce.

Il est également inexact de dire que les *reprises* de la femme représentent des valeurs qui faisaient partie de la *dot.* La femme n'a de reprises à exercer qu'à raison de ses propres; or, ses propres ne sont pas dotaux. Est-ce que l'immeuble propre de la femme qu'elle reprend fait partie de la dot? Est-ce que les indemnités auxquelles elle a droit à raison de ses propres font partie de la dot? Non, car la dot, ce sont les biens qui tombent en communauté, et les propres, qui donnent lieu aux reprises, n'y tombent pas.

La distinction que le texte du code fait entre la dot et les reprises, vraie en théorie, est aussi vraie dans l'application. Supposons, ce qui arrivera souvent, que la fortune de la femme soit exclusivement mobilière. A-t-elle, dans ce cas, des *reprises* à exercer? Non, tout son mobilier présent et futur tombe en communauté; elle n'a rien en propre, donc il est impossible qu'elle ait des reprises. Peut-elle demander la séparation de biens? Oui, car elle a une dot, et cette dot peut être mise en péril; ce qui donne à la femme le droit d'agir. Ainsi elle poursuivra la séparation, quoiqu'elle n'ait pas de reprises. La seconde partie de l'article 1443 sera donc inapplicable; partant il n'est pas exact de dire que cette seconde partie est la paraphrase de la première. Si l'on suppose que les biens de la femme soient exclusivement immobiliers, elle aura des reprises, à rai-

son desquelles elle a le droit d'agir en séparation. Pourra-t-elle aussi demander la séparation parce que sa dot est en péril? Pour les revenus, oui, et pour la jouissance qui tombe en communauté. Mais la propriété des immeubles n'est pas dotale; donc, pour la propriété, la seconde partie de l'article 1443 sera applicable et la première ne le sera point. Preuve que les deux cas ne se confondent pas et n'en forment pas un seul. La jurisprudence belge est en ce sens (1).

N° 2. APPLICATION.

213. La femme apporte en dot des effets mobiliers qui tombent en communauté. Peut-elle, de ce chef, demander la séparation de biens? L'affirmative est certaine, mais il importe de préciser le motif de décider. Constatons d'abord que telle est la tradition; ce qui est décisif dans notre matière, toute traditionnelle. Pothier cite ce cas comme exemple, non pas à l'appui du principe que la femme peut agir en séparation, mais pour établir que la femme peut accepter la communauté, quoiqu'elle ait obtenu la séparation de biens. Une femme a apporté en communauté tout son bien, qui consiste en un gros mobilier. Elle n'a pas fait de contrat de mariage; elle n'a donc pas le droit de reprendre ses apports. Mais elle s'aperçoit que le mari a déjà dissipé la plus grande partie de sa dot et qu'il est en chemin de dissiper le reste. Elle demande la séparation sur la preuve de la débauche et de la dissipation de son mari. Pothier ne songe même pas à contester le droit de la femme; personne ne le contestait. Le code a consacré la tradition; il permet à la femme de demander la séparation de biens quand sa dot est en péril; or, sous le régime de la communauté, le mobilier de la femme est dotal et il devient la propriété du mari; il n'a rien à restituer; la femme n'a donc pas de reprises à exercer, car elle n'a pas de propres. Ce n'est pas en vertu de la seconde partie

(1) Liége, 3 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 170).

de l'article 1443 qu'elle peut agir; elle poursuit la séparation parce que sa dot est en péril (1). Pourquoi la femme a-t-elle le droit de demander la séparation? On en donne des raisons que nous ne pouvons accepter. La femme, dit-on, prend la moitié de la communauté, cette part représente des *reprises* qu'elle aurait stipulées ; si le désordre des affaires du mari compromet ces *reprises,* elle a le droit de demander la séparation (2). Comment peut-on qualifier de *reprise* un droit que la femme exerce comme associée, alors même qu'elle n'apporte rien en mariage? La reprise implique des biens restés *propres* à la femme, car elle ne peut pas *reprendre* ce qui ne lui appartient plus. Or, dans l'exemple de Pothier, la femme n'a point de propres ; comment donc aurait-elle des reprises? C'est donc mal s'exprimer que de dire, comme on le fait, que la femme peut demander la séparation quand, à raison du désordre des affaires du mari, il est à craindre qu'elle ne puisse *recouvrer* une somme égale à celle qu'elle a mise dans la communauté (3). La femme n'a rien à *recouvrer* quand sa dot est mobilière, car cette dot tombe en communauté et devient la propriété irrévocable du mari. Pourquoi, malgré cela, la femme a-t-elle le droit d'agir en séparation? La femme n'a mis sa fortune en communauté qu'avec l'espérance qu'elle augmenterait, grâce au bienfait de l'association : telle est, en effet, la règle. Cette espérance est, dans sa pensée, la condition tacite sous laquelle elle contracte. Si elle consent à donner à son mari un pouvoir absolu sur ses biens, c'est parce que cette liberté d'agir est favorable à l'esprit d'entreprise. Mais si le mari, au lieu d'administrer sagement les biens communs, les dissipe, soit en folles dépenses, soit en mauvaises spéculations, la communauté n'a plus de raison d'être ; le mari manquant aux obligations qu'il a contractées, la femme doit avoir le droit de demander la dissolution d'une convention que le mari n'exécute pas. C'est une espèce de

(1) Aubry et Rau, t. V, p. [illegible]1, note 9, § 515. Nancy, 14 mars 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1629).
(2) Duranton, t. XIV, p. 540, n° 503.
(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 231, n° 91 *bis* VI.

condition résolutoire tacite, sauf que la communauté n'est pas résolue, elle est dissoute (1).

Sous le régime de communauté, la dot comprend le mobilier présent et futur de la femme. Le mobilier futur est d'ordinaire bien plus considérable que le mobilier présent, parce qu'il est rare que la femme ait recueilli, lors de son mariage, les successions qui doivent lui échoir. De là la question de savoir si la femme peut demander la séparation alors que les biens qu'elle attend ne lui sont pas encore échus. L'affirmative est de jurisprudence, et elle nous paraît certaine. Le texte est conçu dans les termes les plus généraux, il parle de la dot qui est mise en péril; or, sous le régime de communauté, le mobilier futur est dotal aussi bien que le mobilier présent. Vainement dit-on que la dot ne peut être en péril tant que la femme ne l'apporte pas au mari; elle la lui apporte par cela seul qu'elle se marie sous le régime de communauté, en ce sens que le mari a le droit de recevoir les biens futurs de la femme; c'est lui qui, dans l'opinion commune, accepte la succession, c'est lui qui la partage, elle lui appartient en vertu des conventions matrimoniales. Donc les biens futurs qui échoient à la femme sont une dot dans le sens de l'article 1443. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. Elle veut garantir la femme contre la mauvaise administration du mari, et serait-ce la garantir si l'on ne permettait à la femme d'agir que lorsque le mari aurait reçu les biens, ce qui lui permettrait de les dissiper immédiatement? Le remède de la séparation a pour objet de mettre la femme à l'abri du danger qui la menace; or, le péril suppose précisément un mal futur, donc il peut exister pour les biens futurs. Nous reviendrons plus loin sur ce côté de la question.

La jurisprudence est en ce sens. Dans une espèce où la femme n'avait rien apporté lors du mariage, la cour de Colmar a admis la séparation, en posant comme principe que la loi entend garantir l'avenir de la femme, et que si elle n'a pas apporté de dot en se mariant, elle peut acqué-

(1) Troplong, t. I, p. 383, nº 1313.

rir des biens par son travail, son industrie ou à titre de succession. Il suffit, dans cette interprétation, que le désordre des affaires du mari compromette les droits purement éventuels de la femme (1).

214. Ce que nous disons du capital mobilier s'applique aux revenus des propres de la femme. Ces revenus entrent en communauté avec une destination conventionnelle : le contrat tacite qui se forme quand les époux se marient sous le régime de la communauté légale porte que la femme met les revenus de ses biens en commun pour supporter les charges du mariage. Si le mari ne les emploie pas à cette destination, il manque à la loi du contrat et, par suite, la femme en peut demander la dissolution. Cela est de tradition. Cochin, dans un de ses brillants plaidoyers, semble dire que la femme n'a pas le droit de s'enquérir de l'emploi que le mari fait des revenus de ses propres : ce serait dégrader l'état des maris, s'écrie-t-il, ce serait les mettre sous le joug de leurs femmes et les réduire à la simple qualité d'intendants de leurs biens, dont on les pourrait dépouiller si on n'était pas content de leur administration (2). Voilà un thème qui prête à la déclamation judiciaire; d'Argentré avait réduit d'avance cette éloquence à néant, en disant que le mari a droit aux revenus à charge d'entretenir la femme et les enfants (3). S'il administre de façon que cet entretien soit compromis, on peut dire, à la lettre, que la dot est en péril. Il paraît étrange, à première vue, que la femme puisse enlever au mari l'administration et la jouissance de ses propres après qu'elle l'en a constitué seigneur et maître. C'est confondre le pouvoir du mari, tant que dure la communauté, avec les garanties que la loi donne à la femme contre l'excès de ce pouvoir. L'autorité du mari étant illimitée, la garantie de la femme doit aussi être illimitée.

La jurisprudence est nombreuse sur ce point, preuve

(1) Colmar, 11 mai 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1636). Liége, 3 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1638, 1°, et *Pasicrisie*, 1830, p. 170).

(2) Cochin, *Œuvres*, t. V, p. 142. Toullier, VII, 2, p. 34, n° 29.

(3) D'Argentre, sur l'article 433 de la *Coutume de Bretagne*.

que le mal est fréquent et que le remède était nécessaire. On lit dans un arrêt très-ancien de la cour de Rennes que le soin de la subsistance de la femme et de ses enfants impose aux tribunaux le devoir de la rétablir dans la jouissance de ses biens. Ce sont les termes de d'Argentré. La cour ajoute qu'il ne serait pas juste de forcer la femme à continuer une société inégale (1). Voilà le motif de droit et d'équité. Si la communauté donne un pouvoir absolu au mari, c'est dans l'intérêt de la société conjugale; du moment que l'administration du mari compromet cet intérêt, au point que la subsistance de la femme et des enfants n'est plus assurée, la femme doit avoir le droit de rompre une société qui détruit ses droits au lieu de les conserver. Quand le mal est actuel, il n'y a pas le moindre doute; la même cour a prononcé la séparation de biens contre un mari débauché et dissipateur qui laissait sa femme et ses enfants manquer du nécessaire (2). La cour de cassation a décidé en principe qu'il y a lieu de prononcer la séparation lorsque le mari s'est mis dans l'impossibilité de fournir aux besoins de la famille, besoins que les revenus de la dot sont essentiellement destinés à satisfaire. Dans l'espèce, le premier juge avait constaté qu'on ne pouvait laisser plus longtemps au mari l'administration des biens dotaux sans compromettre l'existence de la famille (3).

Faut-il attendre que la famille manque du nécessaire pour que la femme ait le droit d'agir? La décision dépend de l'interprétation que l'on donne à ces mots de l'article 1443 : « la dot est *mise en péril.* » Nous y reviendrons. Ce que nous venons de dire conduit à la conséquence formulée par la jurisprudence (4) et par les auteurs (5) que la dot est mise en péril quand les revenus des propres de la femme sont détournés de leur destination légale, ou pour mieux dire, conventionnelle. Au lieu de servir aux besoins

(1) Rennes, 13 mars 1813 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1631).
(2) Rennes, 31 mai 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1631).
(3) Rejet, 28 février 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1633).
(4) Bruxelles, 12 décembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 288). Grenoble, 16 mars 1855 (Dalloz, 1855, 5, 405).
(5) Rodière et Pont, t. II, p. 602, n° 2102. Troplong, t. I, p. 383, n° 1313; Colmet de Santerre, t. VI, p. 230, n° 91 *bis* IV.

de la famille, ils sont employés à payer les dettes dont le mari est criblé (1); ce n'est pas là l'objet de la communauté, donc elle doit être rompue si la femme le demande.

215. Si la femme n'a rien apporté, ni dot mobilière, ni dot immobilière, peut-elle néanmoins demander la séparation de biens? D'après la lettre de l'article 1443, il faudrait répondre négativement. Il est certain qu'il ne peut pas s'agir de reprises là où il n'y a pas de propres. On ne peut pas dire non plus que la dot de la femme est mise en péril, car, dans le sens légal du mot, elle n'a pas de dot. La définition de la dot donnée par l'article 1540 suppose que la femme apporte un *bien* au mari; et par *bien* la loi comprend les choses mobilières ou immobilières qui appartiennent à la femme lors du mariage ou qui lui écherront pendant le mariage; les articles 1542, 1550-1554 ne laissent aucun doute sur ce point. Donc la femme qui n'apporte au mari ni effets mobiliers ni immeubles n'a point de dot; dès lors il est impossible de dire que la dot de la femme est mise en péril. Quels sont les droits de la femme qui n'a pas de dot? Elle a un droit éventuel au partage de la communauté si elle l'accepte. La question est donc de savoir si, à raison de ce droit dans la communauté, la femme peut demander la séparation. D'après le texte, non. Il faut donc recourir à la tradition.

Pothier pose nettement la question : « Le péril de la dot de la femme étant le fondement ordinaire des demandes en séparation de biens, en doit-on conclure que la femme qui n'a apporté aucune dot à son mari ne puisse jamais demander cette réparation? » Pothier répond : « Non, car la femme qui n'a apporté aucune dot peut avoir un talent qui en tienne lieu, comme lorsqu'elle est une habile couturière, une excellente brodeuse, etc. Si cette femme a un mari dissipateur, tous les gains qu'elle fait de son talent, entrant en communauté, ne servent qu'à fournir aux débauches de son mari, ou sont la proie de ses créanciers; la femme a donc intérêt d'obtenir la séparation de biens

(1) Orléans, 7 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 115).

pour se conserver à l'avenir les gains qu'elle fait de son talent (1). »

Le mot *dot* a donc dans la tradition, en ce qui concerne la séparation de biens, une signification spéciale : l'industrie de la femme lui tient lieu de dot. Au point de vue des principes, cette doctrine se justifie parfaitement. Les produits du travail de la femme entrent en communauté (art. 1498) : pourquoi? Pour supporter les charges du mariage. Si la femme verse chaque année dans la communauté 1,000 francs provenant de son industrie, elle apporte réellement à son mari un *bien;* qu'importe que ce soit en effets mobiliers qui lui appartiennent ou qui lui échoient à titre de succession, ce qui est le sens ordinaire du mot *dot,* ou que ce soient des deniers qu'elle y verse au fur et à mesure qu'elle les gagne; toujours est-il qu'elle a une mise dans la société qui existe entre elle et son mari, cette mise s'appelle dot en matière de communauté. Si cette dot est en péril, pourquoi la femme ne pourrait-elle pas demander la séparation de biens? Dira-t-on que c'est étendre l'article 1443? Soit, mais où est le principe qui s'y oppose? Le texte n'est pas restrictif et l'esprit de la loi encore moins (2). La tradition, dans une matière traditionnelle, peut être invoquée pour interpréter le code, et la tradition est décisive.

La doctrine est en ce sens, ainsi que la jurisprudence. Les auteurs considèrent le travail de la femme comme une dot. On peut, en effet, appliquer au produit du travail ce que nous avons dit de la dot qui consiste en un bien mobilier ou immobilier. La plupart des communautés n'ont pas d'autre actif que celui qui provient de l'industrie de chacun des époux; le produit du travail des époux est destiné, de même que la dot proprement dite, à entretenir la famille et à former un capital pour l'avenir par l'épargne. Cette dot, fournie par le travail, est mise en péril quand le mari la détourne de sa destination en l'employant à ses folles dépenses ou à de ruineuses spéculations. L'analogie

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 512.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 390, note 8, § 516.

est complète; dès lors il faut dire que là où il y a même motif de décider, il doit y avoir même décision (1).

216. La question devient plus douteuse quand la femme n'a aucun bien ni aucune profession; dans ce cas, elle n'a pas de dot dans le sens légal du mot, ni dans le sens traditionnel, tel que Pothier l'explique. Toutefois nous croyons que, même dans ce cas, la femme peut demander la séparation de biens. Elle a un droit dans la communauté, les biens qui la composent sont destinés à l'entretien de la famille; si le mari use mal de son pouvoir absolu, dissipe les biens, la subsistance de la famille n'est plus assurée, le but de la société conjugale n'est pas atteint. Au point de vue des principes, cela suffirait pour que la femme eût le droit d'agir en séparation. Mais cela ne suffit pas d'après le texte de l'article 1443; il exige une dot qui soit mise en péril, c'est-à-dire un bien provenant de la femme, et qui est entré de son chef dans la communauté. Il faut donc voir s'il y a un bien venant de la femme. On peut dire que dans toute communauté il y a une part venant de la femme. Si l'industrie de la femme lui tient lieu de dot, par identité de raison sa collaboration dans le ménage, son esprit d'ordre et d'économie doivent aussi être considérés comme une dot. C'est le travail de la femme, dans sa plus large acception, qui contribue à la prospérité de la maison. Si le mari fournit les revenus par ses biens ou par son industrie, la femme les gère, les emploie utilement et économise pour l'avenir. Elle a donc toujours une part dans la communauté, donc elle a une dot; si son talent de couturière ou de brodeuse est une dot, sa collaboration de femme de ménage est aussi une dot, car elle gagne plus en gouvernant son ménage avec intelligence, qu'elle ne gagnerait en brodant ou en cousant. Dira-t-on que c'est là de la théorie, sans base ni dans le texte ni dans la tradition? Nous invoquons

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 231, n° 91 *bis* V; Troplong, t. I, p. 385, n° 1319. Toullier, t. VII, 1, p. 34, n° 29, et Duranton, t. XIV, p. 541, n° 404, invoquent des considérations morales qui sont insuffisantes pour y fonder un droit. Comparez Liége, 23 avril 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 105). Bruxelles, 31 janvier 1838 (*Pasicrisie*, 1838, p. 21).

l'article 1498, qui parle de l'*industrie commune* des époux et qui reçoit son application à la femme et au travail qui constitue sa mission. Nous invoquons aussi la tradition. On lit dans un acte de notoriété du Châtelet : « Il n'est pas juste d'attendre que le bien qui a été acquis *ex mutua collaboratione* soit dissipé et qu'une femme qui justifie que son mari, par ses déréglements, *vergit ad inopiam*, peut demander la séparation et le partage de la communauté (1). » Voilà le principe tel que nous l'avons formulé ; c'est l'*industrie commune* des époux, comme dit l'article 1498, qui est, dans la plupart des familles, le seul élément de la communauté ; la femme y a certes sa part ; en ce sens, elle a une dot, donc elle doit avoir le droit de demander la séparation quand le fruit de ses économies est dissipé et qu'elle menace de rester sans ressource. Toutefois la question reste douteuse, et l'on conçoit que les auteurs (2) ainsi que les tribunaux (3) soient divisés.

217. Il nous reste à dire un mot des reprises ; l'article 1443 permet à la femme de demander la séparation de biens quand le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. Nous avons expliqué le texte (nº 210), et l'application ne donne lieu à aucune difficulté en ce qui concerne les droits de la femme. Les reprises que la femme peut exercer sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance de la communauté, sont le prélèvement des propres, ou du prix des propres, ou des indemnités auxquelles l'époux a droit quand la communauté a tiré un profit de ses propres. Il faut donc que la femme ait des propres pour avoir droit à des reprises. Il faut ensuite qu'il y ait désordre dans les affaires du mari et que ce désordre soit un danger pour la

(1) Pothier, *De la communauté*, nº 520.

(2) Marcadé, t. V, p. 581, nº 1 de l'article 1443 ; Troplong, t. I, p. 386, nº 1321 ; Rodière et Pont, t. III, p. 601, nº 2101. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 391, note 9, § 516, et les autorités qu'ils citent.

(3) Angers, 16 mars 1808 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1635) ; Liège, 5 juin 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 170). En sens contraire, Paris, 9 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1637), et Metz, 14 avril 1821 (*ibid.*, nº 1646).

femme. D'abord la communauté sera mauvaise à raison de ces désordres, de sorte que la femme ne pourra pas exercer ses prélèvements sur les biens communs. Elle aura, en ce cas, un recours sur les biens du mari, mais ce recours peut aussi devenir illusoire par suite du désordre des affaires du mari. Dans ces circonstances, non-seulement la dot mobilière sera en péril, mais les propres mêmes de la femme risquent d'être engloutis dans le naufrage : il ne lui reste qu'une voie de salut, c'est la séparation de biens (1).

N° 3. DES PREUVES.

218. La femme qui demande la séparation de biens doit prouver l'existence des causes pour lesquelles la loi lui permet de poursuivre la dissolution de la communauté. En quoi consiste cette preuve? Cette question donne lieu à de nombreuses difficultés. Nous croyons qu'elles tiennent à la confusion que font la plupart des auteurs des deux causes pour lesquelles la séparation peut être demandée : le péril de la dot et le péril des reprises. Si l'on admet que les deux causes n'en constituent qu'une seule, il en résulte qu'il faut appliquer au péril de la dot ce que la loi dit des reprises, c'est-à-dire qu'il faudra que la femme prouve, dans tous les cas, le désordre des affaires du mari, et qu'elle prouve que ce désordre donne lieu de craindre que ses biens ne soient point suffisants pour remplir les droits de la femme, soit quant à sa dot, soit quant à ses reprises.

A notre avis, le texte de la loi résiste à cette interprétation. La dot de la femme, sous le régime de communauté légale, ne donne jamais lieu à une action sur les biens personnels du mari ; car cette dot entre en communauté et la femme n'y a plus aucun droit; ses effets mobiliers et ses revenus se confondent dans la masse, la femme n'y a plus droit que comme copartageante; quand même

(1) Il n'y a pas à distinguer entre les reprises actuelles et les reprises futures. Bruxelles, 12 décembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 288).

le mari aurait dissipé tous ses revenus et toute sa fortune mobilière, c'est-à-dire toute sa dot, la femme n'aurait, de ce chef, aucune action sur les biens du mari. Donc il est impossible d'appliquer au péril de la dot dont parle le commencement de l'article 1443 ce que dit la fin de cet article en parlant des droits et reprises de la femme; car si ces reprises donnent à la femme le droit d'agir en séparation, c'est parce que la femme peut les poursuivre sur les biens personnels du mari; c'est seulement en ce cas qu'il y a lieu de prouver le désordre des affaires du mari et l'insuffisance de ses biens personnels. Le péril de la dot existe indépendamment de l'insuffisance des biens du mari; cette cause de séparation n'a rien de commun avec les biens du mari, parce que la femme n'a aucune action sur ces biens à raison de sa dot. Il faut donc de toute nécessité distinguer les deux causes qui donnent lieu à la séparation; chacune a ses conditions particulières, donc chacune a aussi ses preuves spéciales.

I. *Quand la dot est-elle mise en péril?*

219. La dot de la femme comprend sa fortune mobilière présente et future et les revenus de ses propres. Nous commençons par le capital mobilier. S'il est mis en péril, la femme peut demander la séparation. Quand peut-on dire que la dot mobilière est mise en péril? Le péril ne concerne pas la restitution de la dot, car la dot n'est pas restituée à la femme, celle-ci n'a aucune action de ce chef contre le mari; le péril n'existe donc que relativement à l'emploi de la dot. Pourquoi la femme l'apporte-t-elle au mari? La loi le dit, c'est pour subvenir aux charges du mariage; ajoutons et pour faire fructifier et prospérer la mise sociale des deux époux. Toute société est contractée dans un esprit de gain (art. 1832); la communauté ne fait pas exception : les époux cherchent à augmenter leur fortune, moins pour se procurer à eux-mêmes de plus grandes jouissances que pour élever et établir leurs enfants. Telle est la destination de la dot dans l'intention des parties contractantes. Si cette destination n'est pas remplie, la dot est

mise en péril; car si le mari, au lieu d'employer la dot aux besoins actuels et futurs de la famille, la dépense, la dissipe, la femme ne retrouvera même plus sa mise lors de la dissolution de la communauté. Comment prévenir la ruine qui la menace? Le mari a un pouvoir absolu d'user et d'abuser; la femme ne peut pas intervenir dans son administration, elle ne peut pas s'opposer aux actes de mauvaise gestion; il ne lui reste qu'un moyen pour sauver sa dot, c'est de demander la dissolution de la communauté. Que doit-elle prouver pour l'obtenir? Le péril de sa dot, c'est-à-dire que le mari ne l'emploie pas à sa destination légale et conventionnelle.

Tel est le texte et tel est l'esprit de la loi quand la femme demande la séparation, parce que sa dot est en péril. Faut-il de plus qu'elle prouve le désordre des affaires du mari et l'insuffisance de ses biens? Dans notre opinion, la question n'a pas de sens. Si la loi parle de l'insuffisance des biens du mari, c'est parce que la femme a un recours sur ces biens pour l'exercice de ses reprises. Or, la dot mobilière ne donne lieu à aucune reprise, à aucune action sur les biens personnels du mari; il serait donc absurde d'obliger la femme à prouver que les biens du mari sont insuffisants pour remplir la femme de ses droits, alors qu'elle n'a pas de droit sur ces biens. Quant au désordre des affaires du mari, la loi n'en parle que pour en induire qu'il est à craindre que les biens du mari ne suffisent pas pour l'exercice des reprises de la femme. Donc la femme ne doit pas prouver le désordre quand il s'agit uniquement du péril de la dot.

Dira-t-on que le péril de la dot, tel que nous l'entendons, accuse aussi un certain désordre, sinon dans les affaires personnelles du mari, du moins dans la gestion de la communauté? Sans doute, puisque, au lieu d'employer la dot de la femme à sa destination, il en abuse pour des dépenses qui ruineront la communauté. Ainsi le désordre que suppose le péril de la dot concerne l'administration de la communauté; le mari, au lieu d'user de son pouvoir de seigneur et maître pour accroître et enrichir la communauté, en abuse. Si cette mauvaise gestion continue, la

ruine de la femme est au bout, la dot est en péril; voilà pourquoi la femme a le droit de demander la séparation de biens. Que doit-elle prouver? Rien, sinon que le mari n'emploie pas la dot à sa destination conventionnelle et légale. Il se peut qu'il n'y ait aucun désordre dans les affaires du mari : il ménage ses biens, il dissipe les biens communs. Est-ce à dire que la demande en séparation ne sera pas admise? Dans l'opinion générale, il faudrait le dire, puisque l'on enseigne que la femme doit prouver le désordre et l'insuffisance des biens du mari. Cela est absurde. Qu'importe à la femme que les biens du mari soient gérés avec soin, si sa dot à elle est dissipée et s'il ne lui restera rien de sa fortune?

220. D'excellents auteurs ont aperçu qu'il y avait une distinction à faire entre le péril de la dot et le péril des droits et reprises. Aubry et Rau enseignent que la femme qui demande la séparation, en se fondant sur le péril que court sa dot, doit prouver que le danger qu'elle allègue a pour cause la mauvaise administration ou la conduite déréglée du mari (1). C'est dépasser la loi. Il est bien vrai que lorsque le mari n'emploie pas la dot de la femme à sa destination conventionnelle et légale, la cause en est d'ordinaire ou une vie de débauche, ou une gestion mauvaise; de sorte que le mari dissipe la dot de la femme par ses excès, ou elle devient la proie de ses créanciers. Mais la loi ne demande pas que la femme prouve la cause du péril que court sa dot, elle exige seulement que la dot soit en péril et que le fait soit constant. Colmet de Santerre dit très-bien que la loi n'a pas voulu obliger la femme de prouver l'inconduite du mari, ou son incapacité, ou ses ruineuses spéculations; si on l'y obligeait, la plupart des femmes reculeraient devant l'action en séparation; en établissant une garantie en faveur de la femme, la loi a dû veiller à ce que l'action de la femme fût possible; or, elle serait impossible si la femme, pour obtenir la séparation de biens, devait couvrir son mari de honte (2). On oublie

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 392 et note 14, § 516.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 233, nº 91 *bis* IX.

que la vie commune continue en cas de séparation, et comment la vie commune serait-elle possible si la femme devait prouver la débauche de son mari ou son incapacité de gérer les affaires?

221. Ce que nous disons du mobilier dotal s'applique, à la lettre, aux revenus des propres de la femme. Ces revenus ont la même destination que la dot mobilière; dès que le mari ne les emploie pas à cette destination, la dot est en péril, car les revenus font partie de la dot; et dès que la dot est compromise, il y a lieu à séparation. Cela est d'évidence quand la crainte s'est déjà réalisée, c'est-à-dire quand la femme et les enfants manquent du nécessaire. Il n'y a pas à rechercher quelles sont les causes de ce fait, le fait suffit.

Il faut aller plus loin. Rien ne manque encore à la femme, il est largement pourvu à ses besoins; mais la gestion du mari donne lieu de craindre que les revenus de la femme ne soient pas employés à leur destination si la communauté continue. La femme sera-t-elle reçue à demander la séparation? La question a été débattue devant la cour de cassation par un habile avocat, Fabre, depuis procureur général. Les parties en cause étaient une duchesse de Montmorency, demandant la séparation de biens contre un Talleyrand-Périgord, duc de Valençay. Elle se fondait sur ce que son mari avait contracté des dettes considérables, qu'elle évaluait à un million; ces dettes, disait-elle, mettaient en péril les revenus de sa dot de 400,000 francs, parce que c'étaient les seules valeurs sur lesquelles elles pussent être amorties. L'avocat reconnaissait que la séparation pouvait être demandée quand les revenus de la dot ne sont pas employés à leur destination, c'est-à-dire lorsque la famille est menacée de la misère, ou du moins lorsqu'elle risque de déchoir de la situation à laquelle lui donne droit l'état du mari. Mais tant que le mari satisfait à ses obligations de père et de mari, la femme n'a pas le droit de se plaindre. Or, dans l'espèce, on ne reprochait pas au mari de n'avoir pas subvenu convenablement aux besoins de sa famille, on prétendait seulement qu'il devrait employer une partie des revenus de sa

femme à éteindre son passif. Qu'importe, si le surplus ainsi que sa fortune lui permettaient de tenir sa maison sur le pied qu'elle doit avoir? La cour de cassation prononça néanmoins un arrêt de rejet. Elle pose en principe que les revenus des biens dotaux devant servir à supporter les charges du mariage, font partie de la dot. Il peut donc y avoir péril pour la dot si, par le fait du mari, les revenus ne reçoivent pas la destination que leur donne la loi. Or, la cour de Paris avait constaté en fait que le mari était débiteur de sommes importantes, ce qui dénotait le désordre de ses affaires; la cour en concluait que ce désordre était de nature à faire craindre que les revenus de la femme ne fussent détournés en grande partie de leur destination pour le payement des dettes du mari (1). Le fait ainsi constaté décidait la question. Vainement le pourvoi disait-il qu'il était largement pourvu aux besoins de la famille : ce n'est pas à raison de la misère ou de la déchéance actuelle et déjà existante que la loi autorise la dissolution de la communauté, c'est à cause du *péril* que court la dot; or, le péril s'adresse nécessairement à l'avenir, et c'est au juge du fait à décider si ces craintes sont fondées.

La jurisprudence est en ce sens. Dans une espèce jugée par la cour de Caen, il était constant que le capital de la dot n'était pas en danger, mais les revenus de la dot étaient absorbés par les dettes du mari et, par conséquent, détournés de leur destination légitime. Cela suffisait pour justifier la demande en séparation, bien qu'il fût établi que les dettes du mari n'étaient pas imputables à sa dissipation. Il n'y avait donc pas de désordre; il n'y avait pas insuffisance des biens du mari, néanmoins la séparation a été prononcée. C'est l'application de notre doctrine (2).

222. Nous avons supposé que le mari est en possession de la dot et qu'il n'emploie pas les revenus à leur destination conventionnelle. Il se peut que la dot n'ait pas

(1) Rejet, 17 mars 1847 (Dalloz, 1847, 1, 140).
(2) Caen, 11 décembre 1848 (Dalloz, 1850, 2, 16).

encore été payée; la femme pourra-t-elle néanmoins demander la séparation? A première vue, on est tenté de répondre que la dot n'est pas mise en péril tant que le mari ne l'a point reçue ; mais ce serait perdre de vue que la loi s'adresse à l'avenir, en ce sens que dans sa juste prévoyance, elle veille à ce que la dot soit employée à sa destination; dès qu'il y a lieu de craindre que cela ne sera point, la femme doit avoir le droit de conjurer le danger qui la menace quand la dot sera payée. La cour de Bordeaux l'a jugé ainsi en posant comme principe qu'il n'est pas nécessaire que la dot ait déjà été touchée par le mari; il suffit qu'il puisse à chaque instant la recevoir et qu'il donne de justes sujets de crainte que la dot ne sera pas en sûreté dans ses mains (1).

Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de cassation. Mais la cour confond les reprises avec le péril de la dot. Les père et mère avaient constitué à leur fille une dot de 180,000 francs. Cette dot, étant purement mobilière, ne donnait lieu à aucune reprise. La femme ne pouvait donc demander la séparation qu'en se fondant sur le péril de la dot, c'est-à-dire sur ce qu'il y avait lieu de craindre que la dot ne fût pas employée à sa destination. La cour dit qu'il n'est pas nécessaire que la dot soit perdue en tout ou en partie, qu'il suffit qu'elle soit en péril; cela est vrai, mais l'arrêt ajoute qu'elle est en péril quand le désordre des affaires du mari est tel, que ses biens ne suffisent pas à garantir les reprises de la femme. Ici la cour confond deux cas absolument distincts : la femme n'avait pas droit à des reprises, et elle ne pouvait jamais en avoir du chef d'une dot mobilière, à moins qu'elle ne l'eût réalisée, ce que l'arrêt ne dit point. Dès lors la cour a eu tort de parler de reprises et d'insuffisance des biens. Il suffisait de constater, comme le fait la cour d'appel, qu'il y avait lieu de craindre que la dot, si elle était payée au mari, ne servît à payer ses dettes (2).

(1) Bordeaux, 1er mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).
(2) Rejet, 11 août 1870 (Dalloz, 1870, 1, 288).

II. *Quand les reprises sont-elles en péril?*

223. Aux termes de l'article 1443, « la femme peut demander la séparation de biens lorsque le *désordre des affaires du mari* donne lieu de craindre que *les biens de celui-ci ne soient point suffisants* pour remplir les *droits* et *reprises* de la femme. » La femme doit donc prouver qu'elle a des *reprises* à exercer; sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut. Si la dot est purement mobilière, la femme n'a pas de reprises à exercer, par suite elle ne peut demander la séparation à raison du désordre des affaires de son mari et de l'insuffisance de ses biens pour le payement des reprises. Si la femme a des propres, elle a des reprises au moins éventuelles, et ces reprises lui donnent une action sur les biens du mari (article 1472); le désordre des affaires du mari peut compromettre ce recours. La femme doit donc prouver que les affaires du mari sont en désordre, puisque ce désordre donne lieu de craindre l'insuffisance de ses biens pour la remplir de ses reprises,

224. Qu'entend-on par désordre? On demande s'il s'agit du désordre moral, de l'inconduite. La loi elle-même répond à la question : elle dit le désordre *dans ses affaires*. Sans doute, ce désordre peut provenir de la débauche, le désordre moral a d'ordinaire pour suite le désordre matériel. Mais la loi ne veut pas que l'on s'enquière des causes du désordre qui règne dans les affaires du mari. Elle se contente du fait. Ce fait peut d'ailleurs avoir bien des causes indépendantes de la conduite du mari; des révolutions, des crises commerciales et industrielles peuvent jeter le désordre dans ses affaires, bien qu'il n'y ait aucun reproche à lui adresser sous le rapport de sa conduite. Il est inutile d'insister, puisque le texte est formel, et c'est l'avis de tous les auteurs (1).

Le désordre dans les affaires implique-t-il au moins la

(1) Troplong, au n° 1329, dit: « Si vous pesez les termes de l'article 1443, vous verrez que l'insuffisance des ressources du mari doit provenir de son inconduite ». Et au n° 1333, Troplong établit très-bien le contraire.

preuve d'une mauvaise gestion? En réalité, tel sera le cas ordinaire. Il n'y a pas tous les jours des révolutions et des crises; d'ailleurs ces événements extraordinaires ne frappent guère que les commerçants et les industriels. Si donc les affaires du mari sont en désordre, la première cause en sera le plus souvent une mauvaise gestion. Est-ce à dire que la femme doive prouver que le mari gère mal? Nous répétons que la loi n'exige pas que la femme établisse la cause qui a produit le désordre dans les affaires du mari; le désordre peut avoir bien des causes, il y en a que la femme peut ignorer, il y en a qu'elle tient à cacher pour ne pas déconsidérer le mari et pour ne pas rendre la vie commune impossible. Ce serait donc entraver le droit de la femme que d'en subordonner l'exercice à des preuves aussi délicates et aussi difficiles. A quoi bon d'ailleurs? Le fait du désordre suffit pour que les droits de la femme soient compromis, bien entendu si le désordre rend les biens du mari insuffisants pour remplir les reprises de la femme.

La tradition est en ce sens. « Il n'est pas nécessaire, dit Pothier, que le mauvais état des affaires du mari soit arrivé par sa faute et par sa mauvaise conduite. Quoique le dérangement de ses affaires soit arrivé sans sa faute, par des pertes considérables survenues dans son commerce qu'il n'avait pas pu prévoir, il suffit, pour obtenir la séparation, que les biens du mari ne soient plus suffisants pour répondre de la dot de la femme. » Ces dernières expressions ne sont pas exactes. Sous le régime de communauté légale, les biens du mari ne répondent point de la dot, puisque la femme n'a aucune action du chef de la dot sur les biens du mari; par *dot*, il faut entendre ici les *droits* et *reprises* de la femme pour lesquels la loi lui donne une action contre le mari. Il y a une autre réserve à faire sur ce que dit Pothier : l'insuffisance des biens ne suffit pas toujours pour autoriser la séparation; nous reviendrons sur ce point. La doctrine des auteurs modernes est conforme à la tradition (1).

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 510. Aubry et Rau, t. V, p. 392,

Reste à savoir quand on peut dire qu'il y a désordre dans les affaires du mari. Ceci est une question de fait dont la doctrine a tort de s'occuper, parce qu'elle ne peut pas prévoir les mille et une circonstances qui se rencontrent dans les diverses espèces. Ainsi on demande s'il y a désordre quand le mari a essuyé des pertes dans son commerce ou dans son industrie? On peut répondre oui et non (1). Oui, si ces pertes ont dérangé ses affaires, en l'empêchant de payer ses dettes, en provoquant des poursuites et des saisies. Non, si les pertes n'ont pas ébranlé son crédit. Abandonnons ces difficultés au juge qui sera éclairé par la demande et par la défense, et qui décidera mieux en fait que ne le pourrait faire en théorie le jurisconsulte le plus subtil.

225. Le désordre seul ne suffit point : il faut, d'après l'article 1443, qu'il donne lieu de craindre que les biens du mari ne soient point suffisants pour remplir la femme de ses reprises. L'insuffisance des biens, d'après le texte de la loi, doit être une suite du désordre dans les affaires du mari. Si les biens du mari étaient déjà insuffisants lors du mariage et que, du reste, depuis la célébration du mariage, il ne soit survenu aucun désordre, la femme ne pourra pas demander la séparation de biens. Pour qu'il y ait lieu de demander la dissolution de la communauté, il faut qu'il survienne un changement dans la situation des parties contractantes. Ainsi les biens du mari, suffisants pour répondre des reprises de la femme lors du mariage, deviennent insuffisants par suite du désordre de ses affaires; lui-même rompt, dans ce cas, le contrat en diminuant ou en détruisant les garanties sur lesquelles la femme avait compté. Mais si le mari était déjà insolvable lors du mariage, en ce sens que ses biens étaient insuffisants pour remplir les droits et reprises de la femme, celle-ci ne peut pas se plaindre que le contrat soit rompu

note 13, § 516, et Rodière et Pont, t. III, p. 517, nº 2094, citent les autorités.

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 598, nº 2095; Colmet de Santerre, t. VI, p. 232, nº 91 *bis* VIII. Voyez des espèces dans les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nºs 1640, 1643-1645.

à son préjudice; le contrat reste ce qu'il était, rien n'est changé dans la situation des parties, donc il n'y a pas lieu de demander la dissolution de la commmunauté (1).

226. L'article 1443, en parlant des reprises, s'exprime dans des termes analogues à ceux qu'il a employés en parlant de la dot. La dot doit être en *péril* et le désordre des affaires du mari doit donner lieu de *craindre* que ses biens ne soient *insuffisants*, pour mieux dire, ne deviennent insuffisants par suite de ce désordre. Il n'est donc pas nécessaire que les biens soient insuffisants; la loi, dans sa sollicitude, songe à l'avenir de la femme, qu'elle veut assurer dès que les affaires du mari sont en désordre. La séparation est une garantie; or, la garantie serait dérisoire si, pour agir, la femme devait attendre que le mal fût réalisé. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit Pothier : « Il n'est pas nécessaire, pour que la femme soit reçue à demander la séparation, que son mari soit devenu entièrement insolvable; la séparation serait alors pour elle un remède inutile. Il suffit qu'il commence à le devenir et que le mauvais train que prennent ses affaires *donne lieu de craindre* qu'il ne le devienne de plus en plus. » Le code est plus explicite. Le *mauvais train* que prennent les affaires du mari doit constituer un *désordre* et l'insuffisance des biens doit être la suite du désordre. De sorte que des pertes accidentelles et réparables ne permettraient pas à la femme d'agir. Le mot *désordre* implique un mal qui ira croissant et qui finira par ruiner le mari. Mais aussi dès que le désordre existe et qu'il inspire des craintes pour l'avenir, la femme peut poursuivre la séparation de biens.

La doctrine (2) et la jurisprudence sont en ce sens. On lit, dans un arrêt de la cour de Rouen : « Pour obtenir la séparation de biens, la femme n'est pas obligée de prouver précisément la déconfiture de son mari et d'établir, par

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 392 et note 12, § 516. Rodière et Pont, t. III, p. 599, n° 2098 ; Troplong, t. I, p. 386, n° 1329. Turin, 23 mars 1811 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1651).

(2) Toullier, t. VII, 1, p. 34, n° 29. Rodière et Pont, t. III, p. 599, n° 2097. Colmet de Santerre, t. VI, p. 234, n° 91 *bis* X.

une sorte de liquidation préalable de l'avoir de celui-ci, qu'il est dans l'impossibilité de satisfaire à tous ses engagements. » Le premier juge l'avait décidé ainsi ; en réformant sa décision, la cour dit que, dans cette doctrine, le remède de la séparation n'en serait plus un pour la femme, puisque la séparation ne pourrait être obtenue que lorsque la femme n'aurait plus le moyen de sauvegarder ses reprises. D'après la loi, dit l'arrêt, la femme n'a qu'une chose à prouver, c'est que le mauvais état des affaires de son mari est tel que ses reprises sont en péril (1).

227. De là suit que la femme ne peut pas agir si l'insuffisance des biens du mari n'est pas à craindre, alors même qu'il y aurait quelque désordre dans ses affaires. Ainsi la circonstance que le mari a des dettes n'autorise pas la femme à demander la séparation de biens. Cela est certain quand les dettes existaient déjà lors du mariage : la femme n'a pas le droit de se plaindre dans ce cas, puisque aucun changement n'est survenu dans la situation de son mari ; c'était à la femme de stipuler la séparation de dettes, si elle voulait se mettre à l'abri des dettes de son futur époux ; si elle ne l'a pas fait, elle doit en subir les conséquences.

La séparation de biens est un remède contre les dangers qui se produisent pendant la durée de la communauté ; si les choses restent dans l'état où elles étaient lors de la celébration du mariage, il n'y a aucun motif de déroger à l'immutabilité des conventions matrimoniales (2). Il en serait de même si des dettes avaient été contractées postérieurement au mariage ; les dettes, par elles seules, ne sont pas une preuve de désordre et n'inspirent aucune crainte pour l'avenir, on doit voir dans quel but elles ont été contractées. Il se peut que, loin d'être un signe de ruine, elles étendent le crédit du mari en favorisant ses entreprises. Mais si les dettes nourrissaient des spéculations ruineuses, ou si elles étaient la suite de folles dépenses, il y aurait désordre et crainte d'insolvabilité.

(1) Rouen, 30 août 1856 (Dalloz, 1857, 2, 99).
(2) Rejet, chambre civile, 15 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321).

228. Les craintes d'insolvabilité ne suffiraient point pour justifier la séparation de biens; la loi exige que l'insuffisance des biens du mari compromette les reprises de la femme. Si la femme a des garanties pour l'exercice de ses droits contre le mari, elle ne pourrait pas agir en séparation, quel que fût le désordre de ses affaires; car on ne pourrait pas dire que les reprises sont en péril. La femme a une hypothèque légale pour ses droits et reprises; si cette hypothèque lui donne une entière sûreté, elle ne sera pas reçue à demander la séparation de biens, puisque le payement de ses reprises est assuré (1).

Il y a cependant une réserve à faire à cette décision, Nous parlons de la seconde cause pour laquelle la séparation peut être demandée, le péril des reprises; il est certain que s'il n'y a pas de péril, la séparation ne peut être poursuivie de ce chef. Mais elle pourrait l'être du chef de la dot si celle-ci est en péril, et la dot peut être en péril dans le sens légal du mot, malgré l'hypothèque légale. Supposons que le mari ait plus de dettes que de biens, cela ne compromet pas les reprises de la femme si son hypothèque légale prime les autres créanciers. Mais cette situation mettra la dot en péril, car les créanciers peuvent saisir le mobilier dotal et les revenus des propres, ou le mari peut employer les revenus à payer les intérêts des dettes, ce qui le mettra dans l'impossibilité de pourvoir aux besoins de la famille. En ce sens, la dot de la femme sera mise en péril et, par suite, elle pourra agir en séparation. Cela prouve qu'il faut distinguer les deux causes pour lesquelles la loi permet de demander la séparation de biens. Les auteurs mêmes qui enseignent que les deux causes se confondent en font la remarque. Colmet de Santerre dit très-bien : « Si la cause de séparation est la dissipation des revenus des propres de la femme ou des produits de son travail, l'hypothèque légale ne fait pas obstacle à la séparation, car le mari n'est pas débiteur de ce chef et, par conséquent, l'hypothèque est indifférente. » La dot mobilière n'est pas restituée, ni les pro-

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 34, n° 29. Troplong, t. I, p. 386, n° 1324.

duits du travail, il ne peut donc y avoir lieu à séparation pour insuffisance des biens du mari, ce qui n'empêche pas que ces ressources soient détournées de leur destination quand le mari a des dettes qui absorbent ses revenus. L'hypothèque légale empêche, en ce cas, la femme de demander la séparation pour péril des reprises, mais elle n'empêchera pas la femme de demander la séparation pour péril de la dot (1).

Il y a encore une remarque à faire en ce qui concerne la garantie de l'hypothèque légale. D'après notre système hypothécaire, l'hypothèque légale de la femme est soumise aux règles de la spécialité et de la publicité; la femme n'a donc d'hypothèque pour ses reprises que du jour où elle aura pris inscription; or, elle ne peut pas prendre inscription pour une créance qui n'existe pas; donc elle n'a pas d'hypothèque pour les reprises à venir, elle n'en a que pour les reprises existantes lors de l'inscription. Il suit de là que la femme pourra être primée par des créanciers antérieurs. L'hypothèque légale n'empêchera donc pas toujours la femme de demander la séparation; elle peut agir dès qu'il y a lieu de craindre que les reprises *futures* soient compromises; or, elle n'a pas d'hypothèque pour les reprises futures jusqu'à ce que le droit à la reprise soit né et qu'inscription soit prise. Et à ce moment la femme sera primée par les inscriptions antérieures. Nous devons ajouter que cela est controversé et douteux.

229. Que faut-il décider si les reprises de la femme sont garanties par une hypothèque conventionnelle? Dès qu'il y a garantie complète pour le payement des reprises, on ne peut plus dire qu'il y ait lieu de craindre que les biens du mari soient insuffisants pour remplir la femme. Il faut donc appliquer à l'hypothèque conventionnelle ce que nous venons de dire de l'hypothèque légale (2).

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît contraire. La cour d'appel constate en fait que la dot de

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 235, n° 91 *bis* XII.
(2) Comparez Troplong, t. I, p. 387, n° 1328, qui a raison au fond, mais qui embrouille toutes choses.

60,000 francs avait été dissipée et que le mari était hors d'état de remplir les droits et reprises de la femme; elle rejeta néanmoins la demande en séparation en se fondant sur une garantie hypothécaire fournie par le père du défendeur. On ne voit pas, par l'arrêt, sous quel régime les époux étaient mariés. Sous le régime de communauté, il ne peut être question de la restitution d'une dot mobilière; donc, de ce chef, il n'y avait pas lieu à séparation de biens. Il pouvait seulement y avoir péril de la dot, en ce sens que la dot étant dissipée, le mari ne pouvait plus l'employer à sa destination légale. L'arrêt de cassation ne dit rien sur ce point, de sorte qu'en définitive on ne sait ce que la cour suprême a voulu dire. Elle dit que la loi fait dépendre le droit de faire prononcer la séparation de biens, non des chances plus ou moins assurées de la *restitution* de la dot à la fin du mariage, mais du fait de la *mauvaise administration* du mari, par suite de laquelle la dot se trouve actuellement compromise et à plus forte raison quand la dot est dissipée (1). Si cela veut dire que la femme agissait en séparation pour *péril de la dot* dans le sens légal du mot, la cour a raison; mais alors il était inutile de parler de la restitution de la dot et des garanties qui l'assurent, car les fruits de la dot appartiennent au mari et ne doivent être restitués sous aucun régime. Seulement les revenus de la femme ont une destination légale; si le mari les dissipe, la femme peut agir en séparation.

Un arrêt de la cour d'Orléans distingue nettement ce que la cour de cassation semble confondre. Autre chose est la dot, autre chose sont les reprises. Les reprises s'exercent à la dissolution du mariage ou de la communauté, elles ont pour objet de garantir à la femme la propriété de ses biens. Si la femme a cette garantie dans une hypothèque légale ou autre, elle ne pourra agir en séparation en se fondant sur l'insuffisance des biens du mari. La dot, au contraire, sous le régime de communauté, n'est point restituée; elle a une destination légale, celle de

(1) Cassation, 27 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 125).

subvenir aux frais du ménage, à l'entretien et à l'éducation des enfants. Si la dot est détournée de cette destination, elle est en péril, dans le langage du code, et, par suite, la femme peut demander la séparation de biens (1).

230. Il y a des faits qui altèrent plus ou moins les rapports pécuniaires des époux et portent même atteinte aux conventions matrimoniales. En résulte-t-il que la communauté est dissoute de plein droit, ou qu'elle peut du moins être dissoute sur la demande de la femme?

La faillite du mari autorise la femme à demander la séparation de biens. Cela va sans dire, la dot est en péril, pour mieux dire, elle a péri, puisque les créanciers s'emparent de l'actif de la communauté : n'est-ce pas une raison pour déclarer l'association conjugale dissoute? Non, car le principe est que les conventions matrimoniales ne sont rompues que pour les causes déterminées par la loi; or, le code ne place pas la faillite parmi les causes de dissolution (art. 1441). Cela est décisif; car il ne peut y avoir de dissolution de plein droit qu'en vertu de la loi. Cependant un auteur estimé écrit que la faillite opère de plein droit la dissolution de la communauté. Comment, dit-on, le mari conserverait-il l'administration des biens de la femme quand il a perdu l'administration des siens propres, et à quel titre pourrait-il jouir de fruits affectés à des charges qu'il ne peut plus supporter (2)? Il est très-vrai que la situation du mari est gravement altérée et, en théorie, on en pourrait conclure que le contrat de communauté est rompu (art. 1865, 4°). Il en est ainsi de la société ordinaire; mais la communauté est assujettie à des règles spéciales; ce n'est pas l'article 1865 qui décide la question, c'est l'article 1441; et le silence de la loi, en ce qui concerne la faillite, ne permet pas de soutenir que la communauté est dissoute de plein droit. Il y a plus : l'article 1446 implique que la communauté subsiste en cas de faillite du mari; si elle était dissoute, la loi n'aurait pas

(1) Orléans, 7 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 114). Comparez Montpellier, 20 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 2, 170).
(2) Rodière et Pont, t. III, p. 605, n° 2106.

besoin de recourir à une fiction pour considérer la communauté comme dissoute à l'égard des créanciers; la fiction prouve que la communauté subsiste entre époux, malgré la faillite. L'opinion de Rodière et Pont est restée isolée, car nous ne prenons pas au sérieux ce que dit Troplong que la séparation a *en quelque sorte* lieu de plein droit lorsque le mari tombe en faillite (1). Qu'est-ce qu'une dissolution *en quelque sorte?* C'est ne rien dire. La jurisprudence admet la femme à demander la séparation en cas de déconfiture et en cas de faillite, mais on n'a même jamais prétendu devant les tribunaux que la communauté fût dissoute de plein droit (2).

231. L'état de démence du mari autorise-t-il la femme à demander la séparation de biens? Tant que la démence du mari n'est pas légalement constatée par son interdiction, il ne peut pas s'agir d'une dissolution de plein droit. Il est même très-douteux que la femme puisse, de ce chef, demander la séparation. L'affirmative a été jugée par le tribunal de la Seine. Le tribunal dit que l'état de démence constitue un péril incessant pour la femme, soit en ce qui concerne sa dot, soit en ce qui concerne ses reprises. En effet, le mari incapable d'administrer doit nécessairement compromettre les intérêts de la communauté et ceux de la femme. C'est par cette considération que la loi veut qu'il soit interdit ; l'interdiction a uniquement pour objet de sauvegarder les intérêts de la famille et de la personne aliénée; c'est dire que s'il n'y a pas interdiction, il y a péril pour la femme (3). Un autre tribunal s'est prononcé pour l'opinion contraire (4). En théorie, nous préférerions la décision du tribunal de la Seine. Ce n'est pas à un mari en démence que le contrat de mariage a confié l'administration de la communauté et des biens personnels de la femme; laisser un pouvoir absolu dans les mains d'un homme qui ne jouit pas de sa raison, c'est aller au-devant

(1) Troplong, t. I, p. 405, n° 1395.
(2) Liége, 25 novembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 229); 3 juillet 1830 (*ibid.*, 1830, p. 170). Gand, 31 décembre 1859 (*ibid.*, 1860, 2, 86).
(3) Jugement du tribunal de la Seine, 18 mars 1868 (Dalloz, 1868, 3, 23), et 25 août 1868 (Dalloz, 1870, 3, 79).
(4) Lyon, 15 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 31).

des abus. D'ailleurs ce fait qui survient pendant la durée de la communauté change radicalement la situation des parties contractantes; la démence du mari rompt la société de fait, donc la loi devrait permettre de la rompre en droit. Mais il ne s'agit point de ce que le législateur aurait dû faire, il s'agit de savoir ce qu'il a fait. Il a déclaré la communauté irrévocable, et il n'a permis la dissolution que par sentence du juge, rendue pour les causes qu'elle prévoit dans l'article 1443. Vainement dit-on que la loi n'est pas restrictive. Nous l'admettons; en fait, la femme pourra demander la séparation en prouvant que la démence du mari a pour effet de mettre en péril sa dot ou ses reprises. Mais c'est à elle d'en faire la preuve. Dire qu'il y a péril par cela seul que le mari est en démence, c'est dispenser la femme de la preuve par une présomption : est-ce que l'interprète peut créer des présomptions et intervertir l'ordre des preuves que la loi établit?

232. Que faut-il décider si le mari est interdit? La question est la même. En théorie, il y aurait un motif de plus de rompre la société de biens qui existe entre époux. La femme s'est associée avec son futur époux, et voilà qu'on nomme un tuteur au mari et, par suite, la femme se trouve associée avec le tuteur. Le contrat rompu en fait devrait être rompu en droit. Mais le code ne consacre pas cette théorie : l'article 1441 ne place pas l'interdiction parmi les causes qui dissolvent la communauté et l'article 1443 ne permet de la dissoudre que lorsque les droits de la femme sont en péril. C'est à elle d'en fournir la preuve. Dire que la preuve existe par le fait seul de l'interdiction, c'est créer une présomption que la loi ignore. La doctrine (1) ainsi que la jurisprudence (2) sont divisées. Cela se comprend; il y a conflit entre l'esprit de la loi et le texte; mais, dans l'espèce, le texte, pour mieux dire,

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 396, note 16, § 516, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire, de Folleville, dans la *Revue critique*, 1870, t. XXXVI, p. 481.

(2) Lyon, 11 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 69). Paris, 18 mars 1870 (Dalloz, 1870, 2, 102). Comparez Lyon, 20 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 152). En sens contraire, Jugement du tribunal de la Seine, 18 mars 1868 (Dalloz, 1868, 3, 23).

le silence de la loi doit l'emporter. Ce qu'on appelle esprit de la loi ne sont que des considérations à l'adresse du législateur.

Nous ne parlons pas de l'interdiction légale, elle n'existe plus en Belgique (t. Ier, n° 404). En droit français, la question est controversée. A notre avis, il faut appliquer à l'interdiction légale ce que nous venons de dire de l'interdiction judiciaire (1).

233. Nous croyons qu'il en faut dire autant de l'état de contumace. Il y a d'excellentes raisons pour permettre à la femme de demander la séparation de biens de ce chef. Le jugement a pour effet de mettre les biens du contumax sous séquestre et d'en confier l'administration à la régie des domaines. Voilà certes une rupture du contrat de mariage ; on devrait donc permettre à la femme de demander la dissolution de la communauté (2). Mais le code n'a pas placé la contumace parmi les causes de dissolution, et la séparation judiciaire ne peut être prononcée que sur la preuve fournie par la femme que sa dot ou ses reprises sont en péril ; or, il n'y a plus de péril quand c'est une administration publique qui gère les biens. Toujours est-il que la femme n'a pas entendu s'associer avec la régie des domaines. Il y a lacune dans la loi : nous la signalons au législateur.

N° 4. DES FINS DE NON-RECEVOIR.

234. Les maris ont essayé de repousser les demandes en séparation par des fins de non-recevoir. Aucune n'a été admise et ne pouvait l'être, bien que l'équité semblât plaider en faveur des maris. La loi donne à la femme le droit de demander la séparation ; ce droit tient à l'essence même de la communauté légale, régime sous lequel le mari a tout pouvoir et la femme n'en a aucun. Comme contre-poids à cet absolutisme, la loi permet à la femme

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 393, note 17, § 516, et les auteurs, en sens divers, qu'ils citent.

(2) C'est l'avis de Rodière et Pont, t. III, p. 603, n° 2104, suivi, quoique avec hésitation, par Aubry et Rau, t, V, p. 393, note 18, § 516.

de rompre l'association conjugale quand les faits attestent que la communauté ne répond pas au but dans lequel elle a été contractée. Si l'on permettait au mari de repousser la demande en séparation par une fin de non-recevoir, on empêcherait la femme d'exercer son droite. Le législateur seul, qui lui donne ce droit, pourrait déterminer les cas dans lesquels la femme serait non recevable à l'exercer; or, la loi n'établit aucune fin de non-recevoir, donc il n'y en a pas.

235. Le mari prétend que la femme est non recevable à demander la séparation de biens, parce que les opérations qui ont converti sa fortune et celle de sa femme en créances litigieuses et irrecouvrables ont été faites sur les conseils et les excitations de celle-ci, qui cherchait à favoriser sa famille aux dépens de son mari. Cette thèse, soutenue devant la cour de Gand par le mari plaidant lui-même, ne trouva pas faveur. La cour lui répond que, dans le système du code, le mari est seul chef de la communauté, qu'il l'administre seul et en dispose sans le concours de sa femme, qu'il est encore seul administrateur des biens de sa femme; seigneur et maître, comme disaient nos coutumes, il doit subir les conséquences de son autorité absolue; s'il gère seul, il est aussi seul responsable de sa gestion. Que s'il écoute et suit les conseils de sa femme, s'il l'admet à concourir à sa gestion, il le fait à ses risques et périls. Légalement, la femme est hors de cause, aucune responsabilité ne saurait peser sur elle; par suite on ne peut pas la déclarer non recevable quand elle exerce son droit et qu'elle agit en séparation (1).

236. Il arrive souvent que le désordre des affaires du mari provient de dépenses qui excèdent sa fortune, et ces dépenses, c'est la femme qui les fait, c'est elle qui y pousse; quand ensuite elle vient demander la dissolution de la communauté, elle a certes mauvaise grâce d'imputer au mari les folles dépenses qu'elle-même a provoquées. Toutefois le mari aussi est en faute; il est le maître, son devoir est de ne pas permettre de dépenses excessives, car il sait

(1) Gand, 15 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 363).

que les conséquences retomberont sur lui et que sa femme, après l'avoir ruiné, pourra demander la dissolution d'une société dont elle a causé la ruine (1). Cela est dur, et Troplong n'a pas tort de réclamer au nom de l'équité contre cette rigueur. On dit que le mari ne peut trouver une fin de non-recevoir dans sa faiblesse et son incurie. Soit. Mais la femme peut-elle trouver un principe d'action dans son inconduite (2)? La réponse est que le mari a le pouvoir, et qu'il en doit user pour refréner le goût du luxe qui le conduira infailliblement à sa ruine; celui qui seul est le maître est aussi seul responsable.

237. La femme déserte le domicile conjugal. Est-ce que le mari peut lui opposer ce fait comme fin de non-recevoir à la demande en séparation? Non, d'après l'avis unanime des auteurs (3) et d'après la jurisprudence (4). Il est vrai que la femme viole son devoir en refusant d'habiter avec son mari; devant la cour de Bruxelles, on lui a opposé cette violation d'une obligation légale comme une fin de non-recevoir résultant de la nature des contrats synallagmatiques. Celle des parties qui manque à ses engagements ne peut pas demander la résolution de la convention; on lui opposerait l'exception *non adimpleti contractus*. N'en peut-on pas dire autant de la femme qui vient demander la dissolution de la société conjugale, alors qu'elle-même l'a rompue de fait? La cour répond que l'argument confond les deux sociétés qui existent entre les époux : le devoir de cohabitation concerne la société des personnes et n'a rien de commun avec la société des biens. Quand il s'agit de la société de biens, on ne peut reprocher à la femme d'avoir manqué à une obligation, car elle n'a pas plus d'obligations que de droits pendant la durée de la communauté. Quitte-t-elle le domicile conjugal, elle

(1) Angers, 22 février 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1655). Rodière et Pont, t. III, p. 597, n° 2094. Aubry et Rau, t. V, p. 394, note 28, § 516.

(2) Troplong, t. I, p. 388, n° 1334.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 394, note 19, § 516. Rodière et Pont, t. II, p. 609, n° 214.

(4) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1667).

manque à ses devoirs de femme mariée; ce qui peut motiver contre elle une demande en divorce ou en séparation de corps, mais elle ne viole pas une obligation de femme commune en biens. Tout le droit appartient au mari, et lui seul a des obligations. Voilà pourquoi le mari ne peut pas demander la séparation de biens, mais on peut la demander contre lui (1). A plus forte raison, le mari ne peut-il pas reprocher à la femme d'avoir abandonné le domicile conjugal quand l'inconduite du mari ou les sévices dont il s'est rendu coupable ont forcé la femme à fuir un domicile où elle ne trouvait plus ni sécurité ni honneur (2). Que si la femme a déserté le domicile conjugal sans qu'il y ait une faute à reprocher au mari, celui-ci a une action contre elle, mais cette action n'a rien de commun avec la séparation de biens que la femme demande; elle ne peut donc pas lui être opposée comme fin de non-recevoir.

238. On a encore opposé comme fin de non-recevoir à la femme les détournements dont elle se serait rendue coupable et qui auraient amené la ruine de la communauté. Le fait doit être assez fréquent à en juger par les nombreux arrêts qui ont rejeté cette fin de non-recevoir; c'est la mieux fondée en apparence, puisqu'elle tend à prouver que la femme est la première cause du désordre de la communauté dont elle se plaint : peut-elle invoquer son délit pour y fonder une action? On répond qu'elle ne fonde pas la demande en séparation sur le délit de détournement, elle la fonde sur l'article 1443. C'est au mari de veiller à ce que la communauté ne soit pas dilapidée ni dépouillée. On voit que la réponse est toujours la même : le mari est le seigneur et maître; il doit supporter les conséquences de son autorité absolue (3).

(1) Bruxelles, 12 décembre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 301).
(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1677.
(3) Bruxelles, 5 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 111) et les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n°s 1678-1681. Rodière et Pont, t. III, p. 609, n° 2112.

§ III. *De la procédure.*

239. La procédure est étrangère à notre travail; toutefois il y a des exceptions. Nous avons dû traiter de la procédure en divorce et en séparation de corps à cause du lien intime qui existe entre cette procédure et le droit. Il en est de même de la séparation de biens ; nous allons dire les motifs des règles spéciales que la loi établit en cette matière ; les conséquences qui résultent de leur inobservation sont graves : c'est la nullité. Ce serait donc donner une idée incomplète de la matière que de se borner aux principes du pur droit civil; nous n'entrerons pas dans la discussion des questions de procédure, mais nous devons au moins exposer la doctrine admise par les auteurs et consacrée par la jurisprudence.

240. La femme, en matière civile, ne peut jamais ester en jugement sans autorisation de son mari (art. 215). Mais quand il s'agit de poursuivre la séparation de biens contre le mari, on conçoit que la loi n'exige pas l'autorisation maritale; elle n'exige pas même l'autorisation de justice proprement dite, c'est-à-dire celle du tribunal. Aux termes de l'article 865 du code de procédure, « aucune demande en séparation de biens ne pourra être formée sans une autorisation préalable que le président du tribunal devra donner sur la requête qui lui sera présentée à cet effet. Pourra néanmoins le président, avant de donner l'autorisation, faire les observations qui lui paraîtront convenables. » Ainsi le président remplace le tribunal, et son autorisation tient lieu de celle du mari; la loi ajoute que l'autorisation ne peut être refusée. Pourquoi doit-elle être donnée à la femme qui la demande? Parce que la femme exerce un droit, et un droit qui tient à l'essence de la communauté; dès lors il fallait lui permettre d'agir et, par suite, il était inutile de s'adresser au mari ou au tribunal. Si le président intervient, c'est d'abord pour couvrir l'incapacité de la femme; puis il est appelé à faire des observations à la femme, dit l'article 865. Une demande en séparation qui ne serait pas fondée jetterait la désunion

dans la famille. Le président doit donc s'enquérir des motifs pour lesquels la femme demande la séparation, et lui donner, à ce sujet, les conseils que la prudence commande (1).

On a prétendu qu'outre l'autorisation du président, que l'article 865 exige comme mesure *préalable*, la femme devait obtenir l'autorisation *définitive* de son mari. La jurisprudence a repoussé cette interprétation, contraire au texte comme à l'esprit de la loi. Si l'autorisation du mari était requise, la loi n'aurait pas fait intervenir le président pour autoriser la femme ; et si la loi veut, en principe, que la femme soit autorisée, c'est que le mari peut refuser l'autorisation ; quand il est forcé de la donner, il est inutile de la demander. Il ne s'agit que d'une formalité, et il est dans les convenances que le président la remplisse plutôt que le mari (2).

L'autorisation requise pour couvrir l'incapacité de la femme est, en général, spéciale ; elle n'habilite la femme qu'à faire l'acte pour lequel elle est accordée. Il n'en est pas de même de l'autorisation que le président donne à la femme pour agir en séparation. La cour de cassation a jugé que cette autorisation habilite la femme à agir à tous les degrés de juridiction ; il y a plus ; la cour de Bruxelles a décidé que la femme pouvait, en vertu de l'autorisation du président, poursuivre l'instance en liquidation de ses droits, cette instance étant une suite nécessaire de la demande en séparation (3). La raison juridique est que l'autorisation n'est que de forme, elle ne peut être refusée ; dès lors il est inutile de la renouveler.

241. Ce n'est pas seulement l'introduction de la demande en séparation qui est soumise à des règles spéciales. Toute la procédure est gouvernée par des règles particulières. La raison en est que l'expérience de tous les temps atteste que les séparations de biens ont souvent pour but

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 616, nos 2122 et 2123. Lyon, 22 mars 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1719).

(2) Rejet, chambre civile, 15 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321), Gand, 26 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 286).

(3) Arrêt précité (note 2) et Bruxelles, 27 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 242).

de frauder les créanciers, en leur enlevant le gage qu'ils ont dans la dot de la femme. La loi devait veiller à ce que la séparation fût sérieuse, et donner aux créanciers le moyen de la combattre si elle a pour objet de les frustrer. Les témoignages abondent malheureusement quand il s'agit de fraude; et, chose remarquable, ces plaintes sont surtout fréquentes dans ce qu'on appelle le bon vieux temps. « On sait, dit Poullain du Parc, que *presque toutes les séparations de biens sont collusoires* entre le mari et la femme, à l'oppression des créanciers. » Les séparations, dit Bourjon, étant *presque toujours* des épouvantails dont les débiteurs injustes se servent pour écarter leurs créanciers et mettre leurs meubles à couvert de la poursuite de ces derniers, sont regardées comme peu favorables (1). Berlier constate l'abus dans l'Exposé des motifs; en parlant de la séparation de biens, il dit : « Ce mot ne pouvait être prononcé sans rappeler les fraudes qui se sont trop souvent pratiquées à ce sujet; mais il n'était pas possible de rejeter toutes les séparations de biens parce qu'il y en a eu quelquefois de frauduleuses : de quelle institution n'a-t-on pas abusé? » Il est certain que l'abus est devenu plus rare, précisément parce que la loi a multiplié les garanties en faveur des créanciers. Ceux-ci réclament souvent parce que leurs intérêts sont lésés par toute séparation, quoique faite de bonne foi; mais il est rare que la justice les écoute. Ne serait-ce pas une preuve que la moralité gagne, et que l'on se fait une étrange illusion sur le bon vieux temps?

N° 1. LA DEMANDE.

242. La demande en séparation doit être rendue publique. Quand la loi prescrit la publicité, c'est toujours dans l'intérêt des tiers; ils sont très-intéressés à la publicité de la demande en séparation de biens. La loi donne aux créanciers du mari le droit d'intervenir dans l'instance pour contester la demande de la femme (art. 1447). Il faut

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 67, n° 75.

donc qu'ils sachent que l'action est intentée. Ceux-là mêmes qui ne sont pas encore créanciers, mais qui voudraient traiter avec le mari, ont intérêt à savoir qu'une action en séparation est formée contre lui; car si la séparation est prononcée, elle a effet à partir du jour de la demande (art. 1445). Par suite de cette rétroactivité, la femme peut attaquer les actes du mari postérieurs à l'introduction de la demande; les tiers doivent donc être prévenus afin qu'ils puissent sauvegarder leurs intérêts. Voilà pourquoi la loi veut que la demande soit publiée par la voie des journaux; c'est la publicité de prédilection des temps modernes, elle est bien plus efficace que celle qui se fait par voie d'affiche dans les auditoires des tribunaux.

243. Quelles sont les formes prescrites pour la publicité? Nous renvoyons sur ce point aux articles 866-868 du code de procédure. L'article 869 ajoute : « Il ne pourra être, sauf les actes conservatoires, prononcé, sur la demande en séparation, aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites. » Un temps moral est nécessaire pour que les créanciers, avertis par la publicité de la demande, recueillent les renseignements qui leur permettent d'apprécier si la demande est sérieuse, ou si elle est faite en fraude de leurs droits. Si la demande pouvait être jugée immédiatement, on favoriserait la fraude; le tribunal déciderait sans être éclairé par l'opposition des créanciers. Il est vrai que la loi permet aux créanciers d'attaquer la séparation prononcée en fraude de leurs droits, alors même qu'ils ne seraient pas intervenus dans l'instance; mais il vaut mieux prévenir une séparation frauduleuse que d'être obligé de l'annuler (1).

L'article 869 sanctionne l'observation de ces formalités par la peine de nullité, laquelle peut être opposée par le mari ou par ses créanciers. Quand l'intérêt des tiers est en cause, la loi prononce d'ordinaire la nullité, parce que l'intérêt des tiers c'est l'intérêt public. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

(1) Toullier, t. VII, 1. p. 46, n° 49. Rodière et Pont, t. III, p. 620, n° 2131.

244. Pothier dit que le juge ne doit prononcer la séparation qu'après que la femme aura fait la preuve des faits qui servent de fondement à sa demande. C'est le droit commun, et c'est aussi le droit commun qui détermine la nature des preuves. Il y a cependant une exception. Quand, en matière civile, le défendeur reconnaît la légitimité de la demande, le demandeur obtient gain de cause, puisque l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356). Est-ce que l'aveu du mari suffirait pour faire admettre la séparation? Non. Quand même, dit Pothier, le mari aurait avoué les faits qui servent de fondement à la demande de la femme, le juge ne doit pas moins exiger que la femme en fasse la preuve. C'est une conséquence du principe qui prohibe les séparations volontaires. La séparation ne pouvant se faire du consentement des parties, il est nécessaire, pour éviter la collusion entre le mari et la femme, que les faits soient justifiés par la femme, indépendamment de l'aveu du mari. L'opinion de Pothier est consacrée par le code de procédure (art. 870) (1).

N° **2**. DU JUGEMENT.

245. « Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique » (art. 1445). Pourquoi la loi prescrit-elle la publicité du jugement qui prononce la séparation? Pothier en donne une raison qui est décisive. La séparation de biens apporte un changement considérable dans l'état de la femme; elle reprend la *libre* administration de ses biens, c'est-à-dire qu'elle est affranchie de la puissance maritale pour tout ce qui concerne l'administration de ses biens; elle peut en disposer, elle peut s'obliger sans autorisation du mari ou de justice. Elle reprend de plus la jouissance de ses biens et, par suite, le mari en est privé. Les tiers qui traitent avec le mari ou la femme ont grand intérêt à connaître les changements que la séparation produit dans les droits du mari et dans

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 515. Aubry et Rau, t. V, p. 394, note 21, § 516.

l'état de la femme. De plus, les créanciers du mari ont le droit d'attaquer la séparation qui aurait été faite en fraude de leurs droits. La publicité du jugement qui prononce la séparation les avertit. Enfin, les créanciers peuvent attaquer l'exécution du jugement si elle se fait en fraude de leurs droits. C'est encore un motif pour donner la plus grande publicité à la sentence du juge, qui les met en demeure de veiller à leurs intérêts (1).

246. Le mode de publicité est déterminé par l'article 1445, complété par l'article 872 du code de procédure. D'après le code civil, le jugement doit être affiché dans la principale salle du tribunal de première instance et, de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans la salle du tribunal de commerce du lieu de son domicile. Le code de procédure ordonne l'affiche au tribunal de commerce, alors même que le mari n'est pas commerçant, parce qu'il est nécessairement en relation avec des marchands, qui ont intérêt à savoir s'il est commun en biens ou si la communauté a été dissoute. De plus, le code de procédure exige l'affiche dans les chambres d'avoués et de notaires, parce que, par la nature de leurs fonctions, ils sont appelés à donner des conseils à ceux qui traitent avec le mari. Il y a cependant une lacune dans l'article 872. La demande en séparation doit être rendue publique par la voie des journaux, tandis que la loi ne prescrit pas l'insertion dans les journaux du jugement qui prononce la séparation. C'est un oubli du législateur, car il n'y a aucun motif de différence entre le jugement et la demande. De fait la publication du jugement a lieu par la voie des journaux; mais comme la loi ne la prescrit pas formellement, on ne pourrait pas prononcer la nullité pour inobservation de cette formalité, la peine de nullité ne pouvant s'étendre par voie d'analogie (2).

247. L'article 1445 prononce la nullité de l'exécution à défaut de publicité du jugement. Faut-il étendre cette sanction à l'inobservation des formalités prescrites par l'article 872 du code de procédure? Il y a un motif de dou-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 517. Demante, t. V, p. 241, n° 93.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 241, n°s 93 *bis* I et II.

ter, c'est que l'on n'étend pas les nullités. En matière de procédure, il est de principe qu'aucun acte ne peut être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi (art. 1030). Toutefois ces doutes n'ont pas prévalu, et avec raison. Il faut d'abord écarter l'article 1030, qui ne concerne que les *actes de procédure;* on ne peut pas qualifier ainsi l'affiche dans un tribunal et l'insertion dans les journaux. Puis l'article 872 du code de procédure et l'article 1445 du code civil ne forment, en réalité, qu'une seule et même disposition, ayant un seul et même but, la publicité. Conçoit-on la peine de nullité sanctionnant l'un des éléments de publicité, tandis que l'autre serait sans sanction? Ces raisons ne seraient peut-être pas suffisantes; il y en a d'autres qui sont décisives. L'article 872 ajoute à la fin : « Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'article 1445 du code civil. » Or, l'article 1445 ordonne la publicité du jugement à peine de nullité de l'exécution; cette nullité frappe donc toute inobservation des formes prescrites pour la publicité, celles de l'article 1445 complétées par celles de l'article 872. On peut encore invoquer les termes mêmes de l'article 872, qui sont conçus dans une forme irritante et, par conséquent, impliquent nullité. Telle est la jurisprudence (1), ainsi que la doctrine (2).

248. La séparation de biens résultant de la séparation de corps doit-elle être rendue publique? Aux termes du code de procédure, article 880, un extrait du jugement qui prononce la séparation doit être publié *ainsi qu'il est dit dans l'article* 872. Est-ce sous peine de nullité? La cour de cassation met la séparation de biens résultant de la séparation de corps sur la même ligne que la séparation de biens poursuivie par la femme; et, en théorie, cette assimilation est parfaitement exacte, au moins en ce qui concerne la publicité du jugement; il y a identité de raison si l'on admet que le jugement rétroagit dans les deux

(1) Voyez, entre autres arrêts, Caen, 15 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1779), et Amiens, 25 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1777). Comparez *Pasicrisie*, 1861, 2, 301 en note sur réquisitoire de l'avocat général Donny.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 396 et note 26; Rodière et Pont, t. III, p. 625, n° 2143.

cas. Même abstraction faite de la rétroactivité, l'intérêt des tiers exige la publicité (t. III, n° 339). Mais la question de nullité présente une difficulté spéciale. L'article 880 ne fait que renvoyer à l'article 872, et l'article 872 renvoie à l'article 1445 du code civil. En peut-on conclure, comme le fait la cour suprême, que l'article 1445 est applicable à la séparation de corps (1)? Cela nous paraît douteux; toutefois nous admettons la nullité, parce que l'article 872 l'établit implicitement, comme nous venons de le dire (n° 247).

N° 3. L'EXÉCUTION DU JUGEMENT.

249. Le jugement qui prononce la séparation de biens doit être exécuté, sous peine de nullité, dans le délai et dans les formes prescrits par l'article 1444. C'est encore une règle spéciale à notre matière. D'après le droit commun, celui qui a obtenu un jugement est libre de l'exécuter quand il veut, il peut accorder un délai au défendeur; la loi s'en rapporte, à cet égard, à l'intérêt des parties. Pourquoi en est-il autrement du jugement de séparation? Il doit être exécuté dans la quinzaine et de la manière que la loi détermine, sinon tout est nul. C'est que le législateur craint les séparations simulées et frauduleuses. S'il y a réellement péril pour la dot ou pour les reprises, la femme se hâtera d'exécuter le jugement, afin de prévenir la dissipation complète de la communauté et des biens du mari. Mais si, au lieu de hâter l'exécution, la femme n'agit point, que doit-on conclure de son inaction? C'est que sa dot et ses reprises ne sont pas en péril; la séparation n'est donc pas sérieuse, elle peut cacher la fraude; la femme pourrait s'entendre avec son mari pour tromper les tiers par l'apparence d'une communauté réellement dissoute, sauf à leur opposer ensuite la dissolution quand ils voudraient agir contre la communauté. La loi prévient ces fraudes en exigeant l'exécution immédiate et sérieuse des jugements (2).

(1) Rejet, 14 mars 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1792).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 236, n° 92 *bis* I.

250. La disposition de l'article 1444 est absolue, elle doit recevoir son exécution dans tous les cas où il y a séparation de biens, alors même qu'il y aurait déclaration de faillite. Jugé ainsi par la cour de Bruxelles (1). Toutefois, l'on n'applique pas l'article 1444 à la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps. D'abord il n'y a aucun article de nos codes d'où l'on puisse induire que l'article 1444 est applicable à la séparation de corps. Il n'y a pas non plus même motif de décider. Ce n'est pas pour le péril de sa dot et de ses reprises que l'époux demande la séparation de corps; et comment pourrait-on soupçonner une entente entre les conjoints alors que la haine les divise et que leur inimitié vient d'éclater dans un procès scandaleux? Les raisons spéciales qui motivent l'article 1444 sont donc étrangères à la séparation de biens qui résulte, par voie de conséquence, de la séparation de corps (2).

251. On a cru que l'article 872 dérogeait au code civil. Le code de procédure veut qu'un extrait du jugement soit exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce, ainsi que dans les chambres des avoués et des notaires. Après avoir prescrit ces formalités, l'article 872 ajoute : « La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été acceptées, *sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an.* » Si l'exécution doit se faire dans la quinzaine, sous peine de nullité, n'était-il pas inutile de dire que la femme peut la faire sans attendre l'expiration d'un an? Voilà l'objection; elle n'a pas arrêté la doctrine et la jurisprudence. On admet difficilement que le code de procédure déroge au code civil, les deux codes n'en faisant qu'un au point de vue des principes. De dérogation formelle il n'y en a pas, on ne pourrait donc l'admettre que s'il y avait incompatibilité entre les articles 872 et 1444; or, ces dispositions se concilient très-bien. L'exécution

(1) Bruxelles, 14 mars 1855 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 38).
(2) Bordeaux, 4 février 1811 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1802). Liége, 11 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 353).

doit se faire dans la quinzaine : c'est ce que veut le code civil. Un extrait du jugement doit rester exposé pendant un an aux yeux du public : c'est ce que veut le code de procédure. La femme exposera l'extrait et exécutera dans la quinzaine. Demandera-t-on : A quoi bon alors la fin de l'article 872? C'est une explication. On aurait pu croire que le jugement ne pouvait être exécuté qu'après l'expiration du délai d'un an; la loi dit qu'on peut l'exécuter plus tôt. Quand doit-il être exécuté? Sur ce point, l'article 872 garde le silence; il ne déroge donc pas à l'article 1444 puisqu'il ne s'occupe pas de la question décidée par cet article (1).

252. L'article 1444 veut que le jugement soit exécuté ou que du moins il y ait des *poursuites* commencées dans la quinzaine. Il ne faudrait pas induire de là qu'il doit y avoir une exécution forcée du jugement de séparation. La loi ne l'exige pas. Elle commence par dire que la séparation doit être exécutée par le payement réel des droits de la femme effectué par acte authentique, ce qui suppose une exécution volontaire. C'est seulement quand le mari refuse d'exécuter le jugement que la femme devra faire des poursuites en les commençant dans la quinzaine. Tel est le droit commun; jamais la loi n'ordonne de s'adresser à la justice quand les parties sont d'accord pour faire ce qu'elle veut. Il n'y a aucune raison de s'écarter, en ce point, du droit commun. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (2).

253. L'article 1444 déroge au droit commun en ce qui regarde les formes. Il veut d'abord que l'exécution soit sincère : c'est la crainte d'une séparation frauduleuse qui a dicté toutes les dispositions de la loi. Le payement des droits et reprises de la femme doit être *réel*, c'est-à-dire non simulé. Quand le législateur veut empêcher la simulation, la rendre au moins plus difficile, il prescrit

(1) Duranton, t. XIV, p. 545, nº 411, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. V, p. 397, note 29, § 516). Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 239, nº 92 *bis* VI. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1798.

(2) Troplong, t. I, p. 396, nº 1360, et tous les auteurs. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1816.

l'intervention d'un officier public et il exige un acte authentique. L'authenticité est donc une condition de la validité de l'exécution. Un acte sous seing privé ayant date certaine ne suffirait point. Vainement dit-on que c'est pousser la rigueur à l'excès. Troplong cite un arrêt de la cour de cassation qui paraît admettre une interprétation plus douce (1) ; il avoue que c'est faire quelque violence à la lettre de la loi. Cet aveu condamne l'interprète, car il ne lui est pas permis de s'écarter de la loi, alors surtout qu'elle a pour objet de prévenir la fraude. La trouve-t-on trop rigoureuse, qu'on la change, mais que l'on n'autorise pas les juges à se mettre au-dessus de la loi quand ils la trouvent trop sévère à leur gré.

Il ne faut pas non plus dépasser la rigueur de la loi; tout ce qu'elle veut, c'est que le payement soit authentiquement constaté; il suffit donc qu'il le soit par un officier public ayant qualité de recevoir le payement, il n'est pas nécessaire qu'un notaire intervienne. Il a été jugé que le payement des droits de la femme est valablement constaté quand c'est un huissier chargé de signifier le jugement, avec commandement de l'exécuter, qui reçoit ce que le mari paye et qui le constate. En effet, les commandements sont des actes juridiques émanés d'un officier ministériel agissant dans l'exercice de ses fonctions; ils font preuve de leur date et de leur contenu; ils répondent donc au vœu de l'article 1444 (2).

Nous sommes obligé d'entrer dans ces détails, parce que toutes les prescriptions de la loi sont sanctionnées par la nullité. Une femme obtient la séparation de biens; elle signifie le jugement au mari, qui lui remet son trousseau. Dix ans se passent sans autre acte d'exécution. La séparation a été déclarée nulle, parce qu'elle n'avait pas été suivie du payement réel des droits de la femme (3).

254. Il se peut que le mari refuse d'exécuter le juge-

(1) Cassation, 23 août 1825 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 430). Troplong, t. I, p. 396, n° 1360. En sens contraire, Rodière et Pont, t. III, p. 631, note 2.
(2) Rejet, 12 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 322).
(3) Rejet, 28 décembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 108).

ment. Dans ce cas, il doit y avoir des poursuites. La loi veut qu'elles commencent dans la quinzaine. Ce délai a donné lieu à une difficulté. Le code de procédure (article 174), accorde à la femme séparée de biens un délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et pour délibérer. Elle peut accepter ou répudier, mais elle ne doit exercer son droit d'option qu'à l'expiration du délai légal. Si la femme a trois mois pour faire inventaire, plus quarante jours pour délibérer, comment peut-elle être tenue d'exécuter le jugement dans la quinzaine? Cette exécution ne peut se faire que lorsque la femme a opté, puisque les droits de la femme diffèrent selon qu'elle accepte ou qu'elle renonce. Au premier abord il semble y avoir une antinomie radicale entre le code civil et le code de procédure. Une distinction concilie les deux codes, au moins en partie. Il y a des droits que la femme exerce indépendamment de son option, ce sont ses reprises; qu'elle renonce ou qu'elle accepte, elle reprend toujours ses propres, ou le prix, s'ils ont été vendus, ainsi que les récompenses que la communauté lui doit; ici le code de procédure est hors de cause, l'article 1444 reste applicable : la femme doit agir dans la quinzaine. Il en est autrement des droits qui n'appartiennent à la femme que si elle accepte, c'est-à-dire sa part dans la communauté; elle ne peut être obligée de demander le partage dans la quinzaine, puisque ce serait la forcer d'opter dans ce délai, alors qu'elle a trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer sur son acceptation ou sa répudiation. En ce point le code de procédure déroge au code civil (1).

255. D'après l'article 1444, il suffit que les poursuites soient *commencées* dans la quinzaine; la loi n'exige pas que l'exécution soit complète, cela est impossible; dès qu'il y a exécution forcée, il faut un jugement qui liquide les droits de la femme, et les jugements ne s'obtiennent point dans les vingt-quatre heures. Toutefois la loi, toujours soupçonneuse, veut que les poursuites commencées dans la quinzaine soient continuées sans interruption. Un

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 237, n° 92 *bis* IV.

commencement de poursuites pourrait n'être qu'un acte simulé. Si la femme a un intérêt sérieux à la séparation, elle se gardera bien d'interrompre ses poursuites, puisque la lenteur et les interruptions pourraient lui devenir fatales. Lorsqu'il y a interruption, la loi présume que tout est simulé et elle annule. Mais quand peut-on dire que les poursuites sont interrompues? Sur ce point, la loi garde le silence; c'est dire qu'elle s'en rapporte au juge. En effet, la question est de fait plutôt que de droit. Les poursuites peuvent être interrompues pour des motifs légitimes; dans ce cas, la séparation est maintenue; si, au contraire, l'interruption n'est pas justifiée, il en résulte que la séparation n'est pas sérieuse : la loi la déclare nulle. Les motifs d'excuse sont nécessairement abandonnés à l'appréciation du juge (1). Nous citerons des applications empruntées à la jurisprudence.

La femme cesse d'agir contre son mari pour plaider contre un tiers qui avait saisi les immeubles du mari ; ce procès incident devait être vidé avant que la femme pût exercer ses droits sur les immeubles ; c'était donc moins une interruption des poursuites qu'une continuation de l'exécution, la distraction des immeubles saisis étant un préliminaire indispensable sans lequel les poursuites ne pouvaient être continuées (2). Mais si la femme se contente de saisir le mobilier et de dresser un procès-verbal de carence, alors que le mari posséde des immeubles ; si la femme ne se présente pas même à l'ordre ouvert sur la vente des immeubles, il en faut conclure que la séparation n'est pas sérieuse : elle a été déclarée nulle, et la décision a été confirmée par un arrêt de rejet. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute : la femme était restée plus de vingt ans sans faire aucune espèce d'acte d'exécution (3).

Il résulte de ce que nous venons de dire qu'il n'y a aucun temps prescrit pendant lequel l'interruption doit durer pour qu'il y ait nullité de la séparation. Marcadé

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 398, note 36, § 516 (4e édit.).
(2) Rejet, 23 mars 1818 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1838).
(3) Rejet, 28 février 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1845). Comparez les arrêts cités par Dalloz, *ibid.*, nos 1836-1847.

prétend que la cour de cassation a fixé le délai à un an, puis il fait une vive critique de la décision. Avant de censurer un arrêt, il faudrait au moins s'assurer de ce que la cour a décidé ; or, dans l'espèce, il est bien certain que la cour de cassation n'a pas dit ce qu'on lui fait dire : elle a jugé en fait que, dans les circonstances de la cause, l'interruption de moins d'une année n'annulait point la séparation de biens (1).

256. L'exécution doit commencer dans la quinzaine, et elle doit être continuée jusqu'à ce qu'elle soit complète, car l'article 1444 veut que le payement soit réel *jusqu'à concurrence des biens du mari.* Le mari cède à la femme tout son mobilier en payement de ses droits et reprises : est-ce une exécution dans le sens de l'article 1444? Oui, quand le mari ne possède que du mobilier; non, quand il a des immeubles ; si la femme n'exerce pas ses poursuites sur les immeubles, la séparation sera nulle ; la loi suppose qu'elle est simulée et faite en fraude des tiers (2).

257. Reste à savoir ce que l'on entend par exécution. La question est très-importante, puisque, sans exécution, le jugement de séparation tombe ; mais, comme elle tient à la procédure, nous nous bornons à constater la doctrine et la jurisprudence. Les auteurs et les arrêts ne s'accordent guère. Ne s'est-on pas trop attaché aux principes généraux de la procédure? Le code civil veut que la séparation soit sincère, et, pour s'assurer qu'elle l'est, il exige que la femme exécute le jugement. N'en est-il pas de l'exécution comme de l'interruption des poursuites? C'est avant tout une question de fait. Car il s'agit de savoir, en définitive, si la séparation est sérieuse ou simulée. Or, ces questions sont essentiellement de fait. Quoi qu'il en soit, voici en quels termes un de nos auteurs les plus exacts formule le principe en se fondant sur la doctrine et la jurisprudence. Il y a exécution lorsque la femme fait signifier le jugement au mari avec commandement d'y satisfaire, ou avec sommation de se présenter chez un notaire

(1) Rejet, 2 mai 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1843).
(2) Colmar, 30 nov. 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1811) Paris, 27 décembre 1871 (Dalloz, 1873, 5, 414, n° 1).

pour procéder avec elle à la liquidation de ses droits. La simple signification du jugement ne constitue pas un commencement d'exécution. Toutefois on ajoute une restriction : il en est ainsi *en général*. Cela suppose des exceptions (1). Quand y a-t-il exception? On ne le dit pas, donc c'est le juge qui décidera en fait. Lui abandonner l'appréciation de l'exception, c'est le rendre maître de la règle, de sorte qu'en définitive tout dépend de lui. Ne serait-ce pas là la raison de la diversité de jurisprudence en cette matière?

Nº 4. DE LA NULLITÉ POUR DÉFAUT D'EXÉCUTION.

I. *Caractère de la nullité.*

258. L'article 1444 dit : « La *séparation de biens* est *nulle* si elle n'a pas été exécutée. » Il s'est élevé de nombreuses contestations sur cette nullité. Avant tout il en faut déterminer le caractère. La loi ne dit pas que la procédure est nulle, ni que le jugement est nul, elle annule la séparation. C'est la même expression dont elle se sert en parlant de la séparation volontaire : elle la déclare nulle. Il suit de là que la nullité n'est pas une nullité de procédure, laquelle doit être proposée avant toute défense au fond; c'est une exception péremptoire, que les parties intéressées peuvent proposer en tout état de cause (2). Cela est aussi fondé en raison. Dans l'esprit de la loi, la séparation non exécutée n'est pas sérieuse; elle équivaut donc à une séparation qui n'a d'autre cause que la volonté des parties. C'est dire qu'elle est radicalement nulle; tout est nul.

Il y a sur ce point un excellent arrêt de la cour de cassation. La nullité, dit la cour, ne s'applique pas limitativement au jugement de séparation de biens, la loi dit que la *séparation est nulle;* cette expression marque que le législateur n'a pas seulement eu en vue le jugement, mais

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 398, notes 34 et 35, § 516 (4e édit.).
(2) Bordeaux, 22 janv. 1834 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1862). Aubry et Rau, t. V, p. 400 et note 40, § 516.

encore les procédures faites pour l'obtenir, c'est-à-dire l'instance introduite par les parties; c'est donc cette instance qui est annulée comme si elle n'avait jamais été introduite. On objectait l'article 156 du code de procédure, aux termes duquel les jugements par défaut doivent être exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon ils seront réputés non avenus. La cour répond que l'article 156, loin de contrarier l'interprétation qu'elle donne à l'article 1444, la justifie. En effet, le code de procédure ne considère que les *jugements*, et se borne à dire qu'ils sont réputés non avenus; tandis que l'article 1444 s'exprime tout autrement, et décide en termes généraux et absolus que la *séparation est nulle*. La cour de cassation ajoute des considérations qui touchent au principe fondamental en cette matière; à ce titre, nous les reproduisons. Il faut laisser de côté les règles de droit commun établies par les articles 156 et 397 du code de procédure, parce que la demande en séparation de biens est régie par des dispositions spéciales qui dérogent au droit commun. Telles sont les formalités prescrites pour la publicité et pour l'exécution du jugement. Le législateur les a établies principalement en faveur des créanciers du mari, afin qu'ils puissent déjouer les fraudes que les époux voudraient commettre à leur préjudice. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter la nullité de la séparation prononcée par l'article 1444. La loi entend remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la demande; par conséquent elle annule cette demande et toutes les procédures dont elle a été l'objet. Si, comme le prétendait le pourvoi, la loi n'annulait que le jugement en laissant subsister les procédures antérieures, il s'ensuivrait que la femme pourrait, à son gré, en reprendre les errements. Ainsi quand le jugement serait devenu caduc, à défaut d'exécution dans la quinzaine, la femme pourrait, après des mois et des années, reporter sa demande en justice sur une simple citation et faire prononcer la séparation dans le délai de quelques jours, sans nouvelle publicité, donc à l'insu des créanciers, qui doivent croire que la séparation est abandonnée. Par là on rendrait illusoires toutes les garanties que la loi a

introduites en faveur des tiers, et la loi donnerait elle-même un moyen légal d'éluder ses dispositions. L'esprit de la loi et le texte protestent contre une pareille interprétation (1).

259. On a soutenu devant la cour de Gand que la nullité est d'ordre public. Berlier dit, en effet, dans l'Exposé des motifs, que les formes prescrites pour arriver à la séparation de biens sont réclamées par l'ordre public. Cela est vrai en ce sens qu'elles sont établies dans l'intérêt des tiers; ce qui est un intérêt général, et partant d'ordre public si l'on prend cette expression dans le sens le plus large. Mais de ce que les motifs qui ont fait établir les formes intéressent les tiers, il ne suit pas que la nullité soit d'ordre public. On entend par là une nullité absolue que l'intérêt de la société réclame et à laquelle, par conséquent, les parties intéressées ne peuvent pas renoncer. Tel n'est pas le caractère de la nullité prononcée par l'article 1444. Il est vrai que les tiers, en général, sont intéressés à l'observation des formalités légales, mais quand les formes n'ont pas été observées, ce ne sont plus tous les tiers qui ont intérêt à la nullité, ce sont seulement les tiers qui ont traité avec les époux. Par conséquent, la nullité est demandée dans un intérêt particulier, et non dans un intérêt social (2).

De là résulte une conséquence très-importante. La nullité étant d'intérêt privé se couvre, tandis que si elle était d'ordre public, elle ne se couvrirait pas. Elle se couvre par la renonciation, chacun pouvant renoncer à ce qui est établi dans son intérêt. Après le délai de quinzaine, le jugement est caduc, comme dit la cour de cassation, s'il n'a pas été exécuté. Le mari, au lieu de se prévaloir de la nullité, laisse exécuter le jugement contre lui, ou il reconnaît à sa femme la qualité de femme séparée, en lui laissant l'administration et la jouissance de ses biens personnels. C'est renoncer tacitement au droit qu'il a d'opposer la nullité de la séparation. La femme aussi peut renoncer au droit d'opposer la nullité de la séparation, comme elle

(1) Cassation, 11 juin 1823 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1862), et 3 avril 1848 (Dalloz, 1848, 1, 89).
(2) Gand, 27 avril 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 301).

peut renoncer à la séparation elle-même en ne l'exécutant pas : son intérêt seul est en cause dans cette renonciation. Si elle exécute le jugement après le délai de quinzaine, si elle reprend l'administration et la jouissance de ses biens, elle ne peut plus dire que le jugement est caduc. Elle pouvait considérer la séparation comme non avenue, elle la considère, au contraire, comme valable; donc elle renonce à la nullité, comme elle en a le droit. Les créanciers sont très-intéressés à ce que la séparation soit annulée; mais cet intérêt n'est qu'un intérêt privé, auquel ils peuvent renoncer, et ils y renoncent si, après la quinzaine, ils concourent à l'exécution du jugement; on n'exécute pas un acte dont on veut demander la nullité. Telles sont la doctrine et la jurisprudence (1).

II. *Qui peut opposer la nullité.*

260. La nullité peut être opposée par tout tiers intéressé. Cela résulte du caractère de la nullité : établie pour sauvegarder les intérêts des tiers, il est naturel que les tiers puissent la faire valoir. Tels sont, avant tout, les créanciers du mari. La loi les a surtout en vue quand elle prescrit des formes qui tendent à empêcher les séparations simulées et frauduleuses; donc quand ces formes n'ont pas été remplies, les créanciers du mari doivent avoir le droit d'opposer la nullité.

L'application du principe soulève une question qui est controversée. Faut-il distinguer entre les créanciers antérieurs à l'exécution tardive et les créanciers postérieurs à cette exécution? La cour de cassation s'est prononcée en faveur de la distinction. Elle part du principe que la nullité de la séparation est fondée sur une présomption de collusion frauduleuse entre les époux, au préjudice des créanciers du mari; or, peut-on dire que les époux ont voulu léser des créanciers qui n'existaient pas encore (2)? Cela nous paraît décisif, en ce sens que les créanciers ne

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 400, notes 42-44, et les arrêts qu'ils citent.
(2) Rejet, 1er juillet 1863 (Dalloz, 1864, 1, 66). Troplong, t. I, p. 397, nº 1368. En sens contraire, Rodière et Pont, t. III, p. 634, nº 2159.

peuvent pas former en leur nom l'action en nullité. Autre est la question de savoir si les créanciers du mari, quelle que soit la date de leurs créances, peuvent opposer la nullité au nom du mari, leur débiteur. Si le mari a ce droit, il faut aussi permettre à ses créanciers de l'exercer, c'est le droit commun; et le droit commun est aussi que les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur, quand même leur créance serait postérieure. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1166 (t. XVI, n° 396).

On pourrait nous objecter qu'en ne permettant pas aux créanciers postérieurs d'agir en nullité en leur propre nom, nous leur appliquons les principes qui régissent l'action paulienne (t. XVI, n° 460); or, l'action en nullité de l'article 1444 n'est pas l'action paulienne, les créanciers ne doivent pas prouver que la séparation est frauduleuse; ils n'ont qu'une preuve à faire, c'est que les formalités légales n'ont pas été remplies. Cela est vrai, aussi n'avons-nous pas invoqué les règles de l'action paulienne; mais il reste vrai de dire que l'action des créanciers est fondée sur un préjudice; si la date de leurs créances prouve qu'ils ne peuvent pas être lésés par l'exécution tardive, ils n'ont pas le droit d'agir.

261. Le mari a-t-il le droit d'opposer la nullité de la séparation de biens résultant du défaut d'exécution ou de l'exécution tardive? Il faut distinguer les rapports des époux entre eux et leurs rapports avec les tiers. On admet assez généralement que le mari peut opposer à la femme la nullité de la séparation. L'article 869 lui donne expressément ce droit quand la nullité est fondée sur l'inobservation des formes prescrites pour la publicité de la demande et du jugement; le code de procédure met le mari sur la même ligne que les créanciers. Cette assimilation peut-elle être étendue à la nullité de l'article 1444? Le code civil ne dit pas qui peut agir en nullité; il faut donc appliquer les principes généraux de droit. L'article 1444 n'entend-il sauvegarder que les intérêts des créanciers du mari? Tous ceux qui sont intéressés à combattre la séparation ont le droit d'agir en nullité, donc le mari aussi bien que les

créanciers. Vainement dit-on que le mari ne peut se prévaloir de la présomption de collusion frauduleuse pour attaquer la séparation; nous répondons que l'action en nullité de l'article 1444 n'est pas l'action paulienne, elle se fonde uniquement sur l'inobservation des formes. Le mari, intéressé à maintenir la communauté, peut donc opposer à la femme que la communauté subsiste, puisqu'elle n'a pas été légalement dissoute (1).

262. La question est plus douteuse en ce qui concerne la femme. Ce qui le prouve, c'est que de bons auteurs ont changé d'avis : Aubry et Rau, après avoir enseigné que la femme ne peut se prévaloir de la nullité à l'égard de son mari, se sont ralliés à l'opinion contraire dans la dernière édition de leur excellent ouvrage. Nous préférons leur première opinion. La décision de la question dépend du caractère de la nullité. Lorsqu'une nullité est d'ordre public, tous ceux qui ont intérêt à agir le peuvent; la loi provoque, en quelque sorte, toutes les personnes intéressées à attaquer l'acte, parce que l'intérêt de la société exige que l'acte soit annulé; on ne distingue pas, dans ce cas, entre les parties et les tiers, on ne distingue pas entre celui qui est en faute et celui qui n'est pas en faute. Il en est autrement quand la nullité n'est pas d'ordre public : étant d'intérêt privé, il faut voir en faveur de qui elle a été introduite; ceux-là seuls peuvent agir (2). Or, quel est le caractère de la nullité de l'article 1444? Nous avons répondu à la question en enseignant, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'elle n'est pas d'ordre public (n° 259); dès lors il faut décider que la femme n'a pas qualité pour se prévaloir de la nullité, car ce n'est certes pas dans son intérêt qu'elle a été introduite. Ce qui a compromis cette opinion, ce sont les mauvaises raisons que l'on a données pour la justifier. La femme ne peut opposer la nullité, dit-on, parce qu'elle provient de son fait, et la femme ne peut

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 399 et note 37, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 240, n° 92 *bis* VIII. En sens contraire, Dutruc, *De la séparation de biens*, p. 173, n° 227. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n°s 1851 et 1852.

(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 107, n° 72.

exciper de sa négligence (1). Ce ne sont pas là des motifs de décider. Si la nullité était d'ordre public, on devrait permettre à la femme de l'opposer, fût-elle en faute.

Les raisons que l'on allègue à l'appui de l'opinion contraire nous paraissent d'une faiblesse extrême. On dit qu'il doit y avoir égalité entre les époux; que le mari pouvant se prévaloir de la nullité à l'égard de la femme, la femme doit avoir le même droit à l'égard du mari. Pourquoi y aurait-il égalité là où la situation n'est pas la même? On oublie que la femme demande la séparation contre le mari; il est donc naturel que le mari ait le droit de maintenir la communauté, tandis que l'on ne comprend pas que la femme vienne opposer la nullité d'une séparation qu'elle a poursuivie. On objecte encore que le maintien ou la dissolution de la communauté dépendra du caprice du mari, alors qu'il importe que la position soit fixée et que l'on sache s'il y a communauté ou s'il y a séparation de biens. Nous répondons que cette incertitude règne toujours quand un acte est sujet à nullité, aussi longtemps que la nullité n'est pas prononcée : ceux qui ont le droit d'agir peuvent le faire pendant tout le temps que la loi leur accorde; on ne dira pas pour cela que l'annulation dépend de leur caprice, car l'exercice d'un droit n'est pas un caprice (2). Nous ajouterons que, dans l'espèce, l'incertitude ne régnera pas longtemps en fait, car la nullité peut être couverte : elle le sera par le concours du mari aux actes d'exécution du jugement ou aux actes que la femme fait en qualité de femme séparée de biens (n° 259).

263. Les époux peuvent-ils opposer la nullité aux tiers? Dans notre opinion, la femme ne peut pas plus se prévaloir de la nullité à l'égard des tiers qu'à l'égard de son mari; il y a une raison de plus pour repousser la femme, c'est que les formes dont l'inobservation entraîne la nullité ont été introduites dans l'intérêt des tiers; eux seuls peuvent donc, en principe, se prévaloir de la nullité. Quant au mari, si on lui reconnaît le droit d'opposer la nullité, il

(1) Odier, t. I, p. 387, n° 362. Taulier, t. V, p. 132.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 299, note 38, § 516. Troplong, t. I, p. 398, n° 1373. Colmet de Santerre, t. VI, p. 291, n° 92 *bis* IX.

faut le lui accorder à l'égard de tous, la loi et les principes ne permettant pas de faire des distinctions.

La question est très-controversée. Chaque auteur a son système. Les uns refusent, dans tous les cas, aux deux époux le droit d'opposer la nullité aux tiers. Ils invoquent le principe que nul ne peut se faire un titre de sa fraude; or, dit-on, quand le jugement de séparation n'a pas été exécuté, il y a nécessairement fraude de la part des époux (1). Cela est trop absolu; la nullité n'est pas fondée sur la fraude, elle est fondée uniquement sur l'inobservation des formalités prescrites par la loi. D'autres auteurs distinguent. Les éditeurs de Zachariæ permettent au mari d'invoquer la nullité contre les tiers qui auraient traité avec la femme comme séparée de biens; ils refusent ce droit à la femme, bien qu'ils lui reconnaissent le droit d'opposer la nullité au mari. Troplong a une autre distinction (2). Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion de toutes ces opinions; le principe que nous avons posé, si on l'admet, suffit pour les réfuter.

En fait, la nullité sera le plus souvent couverte. Nous empruntons quelques exemples à la jurisprudence. Un arrêt de Grenoble refuse à la femme le droit d'opposer la nullité de l'article 1444, puisque c'est elle qui doit faire exécuter le jugement et qu'elle ne peut exciper de sa négligence. Puis la cour ajoute que la femme, dans l'espèce, avait toujours pris la qualité de femme libre en ses biens depuis le jugement qui avait prononcé la séparation; ces actes avaient été passés en présence et du consentement de son mari; c'était une exécution du jugement, et, par suite, les deux époux avaient renoncé, en exécutant la séparation, au droit qu'ils pouvaient avoir de l'attaquer (3).

Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Colmar. Les époux invoquaient la nullité de la séparation contre un tiers à qui la femme avait cédé le mobilier par elle recueilli dans la succession d'une sœur. Cette vente était

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 635, n° 2159.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 399 et note 39, § 516. Troplong, t. I, p. 398, n° 1375.
(3) Grenoble, 8 avril 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1856).

valable, en supposant que la femme fût réellement séparée de biens; elle prétendait, de concert avec son mari, que la séparation était nulle comme n'ayant pas été exécutée conformément à l'article 1444. La cour répond que la nullité n'est pas d'ordre public, qu'elle n'est introduite qu'en faveur des créanciers qui ne concourent pas à la liquidation; la cour semble donc refuser au mari aussi bien qu'à la femme le droit de se prévaloir de la nullité contre les tiers. Mais, dit l'arrêt, dans tous les cas la nullité peut être couverte, soit par les créanciers, soit par les époux; or, les époux avaient procédé à la liquidation de la communauté après l'expiration du délai légal; ils avaient par là renoncé au droit d'opposer la nullité de la séparation, car on n'exécute pas un acte que l'on veut attaquer (1).

§ IV. *Des droits des créanciers du mari.*

264. « Les créanciers du mari peuvent intervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour la contester » (art. 1447). Pourquoi la loi donne-t-elle aux créanciers le droit d'intervenir? On répond que l'article 1447 est l'application de l'article 1166 : les créanciers exercent les droits du mari en intervenant dans l'instance pour compléter la défense qu'il oppose à la demande de la femme (2). Cela n'est pas tout à fait exact. Quand les créanciers exercent les droits de leur débiteur, on suppose que le débiteur lui-même ne les exerce pas. Or, lorsque la femme demande la séparation contre le mari, celui-ci est nécessairement en cause, et il a le plus grand intérêt à se défendre; dès lors la présence des créanciers serait inutile si l'on suppose que le mari se défend de bonne foi. Mais le mari peut être d'accord avec sa femme pour faire une séparation simulée et frauduleuse; c'est pour veiller à ce que la séparation ne se fasse pas en fraude de leurs droits que les créanciers interviennent. Le texte même du code indique que telle est la pensée du législateur; l'article 1447

(1) Colmar, 8 août 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1988).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 250, n° 96 *bis*.

commence par donner aux créanciers du mari le droit d'attaquer la séparation de biens prononcée en fraude de leurs droits, puis il ajoute que les créanciers peuvent même intervenir dans l'instance; leur intervention a donc pour objet d'empêcher une séparation frauduleuse; mieux vaut prévenir la fraude que d'avoir à l'attaquer quand elle est consommée. C'est par des motifs analogues que la loi donne aux créanciers le droit d'intervenir au partage (art. 882).

265. Quand les créanciers interviennent, ils sont parties en cause et, à ce titre, ils peuvent interjeter appel. Il a été jugé qu'ils ont ce droit alors même qu'ils ne sont pas intervenus(1). Dans ce cas, ils agissent en vertu de l'article 1166, en exerçant le droit de leur débiteur. Cette disposition est générale, elle ne fait d'exception que pour les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur; or, la faculté d'interjeter appel n'est pas un de ces droits moraux que le débiteur seul peut exercer; c'est un droit essentiellement pécuniaire, et, dans l'espèce, c'est une garantie que les créanciers doivent avoir pour qu'ils puissent défendre leurs intérêts en justice, afin de prévenir une séparation frauduleuse; mieux vaut prévenir la fraude par l'appel, que de devoir la combattre par une nouvelle action.

266. Quels créanciers peuvent intervenir? La question est de savoir s'il faut un intérêt né et actuel. Telle est la règle quand le demandeur réclame l'exécution d'un droit; on ne peut pas exécuter un droit éventuel. Mais celui qui a un droit éventuel peut faire les actes conservatoires. La loi le dit du créancier conditionnel (art. 1180). Or, l'intervention n'est qu'un acte conservatoire, elle tend à éclairer la justice, à prévenir une fraude que la femme, de concert avec son mari, veut surprendre au juge. La cour de cassation l'a jugé ainsi (2).

267. Aux termes de l'article 1447, « les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits. »

(1) Poitiers, 6 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1903).
(2) Rejet, 27 juin 1810 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1730).

Quelle est la voie par laquelle ils doivent se pourvoir? C'est l'action en nullité, par application de l'article 1167, qui permet aux créanciers de demander la nullité des actes que le débiteur fait en fraude de leurs droits. Quand l'acte frauduleux est un jugement, les parties intéressées à en obtenir l'annulation doivent agir par la voie de la tierce opposition (Code de proc., art. 474).

268. Que doivent prouver les créanciers qui interviennent ou qui forment tierce opposition? Ils s'opposent à la séparation, ou ils en demandent la nullité par le motif que la demande de la femme n'a pas pour cause le péril de sa dot ou de ses reprises, qu'elle tend uniquement à enlever aux créanciers le gage qu'ils ont dans les biens de la communauté. L'action des créanciers suppose donc d'abord que la séparation leur cause un préjudice. Le préjudice existe presque toujours, puisque l'effet de la séparation est de diminuer le gage des créanciers. Mais le préjudice ne suffit pas pour que les créanciers puissent s'opposer à la séparation, il faut de plus qu'ils prouvent que la demande en séparation est faite en fraude de leurs droits, ou que la séparation a été surprise à la justice par fraude. L'article 1447 le dit de l'action en nullité, c'est l'application du droit commun. La fraude est la base de l'action paulienne, et par fraude on entend le préjudice causé dans le dessein de nuire. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'action paulienne, au titre des *Obligations*. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Toullier qui, s'appuyant sur le sens qu'avait le mot *fraude* dans le vieux droit romain, a soutenu que le préjudice suffisait. L'annotateur de Toullier a réfuté cette étrange opinion (1). Il ne s'agit pas du vieux droit romain, il s'agit de l'action paulienne, pour laquelle on a toujours exigé une intention dolosive. En matière de séparation de biens, cela est de toute évidence; la séparation nuit presque toujours aux créanciers; si donc le préjudice suffisait pour leur permettre de s'y opposer ou d'en demander la nullité, la femme ne pourrait

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 81, nos 88-90, et la note de Duvergier, p. 85. Zachariæ a adopté cette opinion; il va sans dire qu'elle a été abandonnée par Aubry et Rau (t. VI, p. 395, note 22, § 516).

jamais exercer son droit. Le préjudice n'est requis que pour établir l'intérêt des créanciers; si, par exception, la séparation ne leur était pas préjudiciable, ils ne pourraient pas agir, puisqu'il n'y a pas d'action sans intérêt (1). Une fois le préjudice établi, ils doivent, comme nous venons de le dire, prouver que la séparation est dolosive.

269. Le droit d'intervention et le droit d'opposition sont au fond identiques, car le code de procédure ne permet d'intervenir qu'à ceux qui auraient le droit de former tierce opposition (art. 466 et 474) (2). Il arrive parfois que la loi ne permet d'agir en nullité qu'à ceux qui ont usé du droit qu'elle leur donne d'intervenir; ainsi les créanciers qui n'ont pas formé opposition à ce qu'il soit procédé au partage d'une succession hors de leur présence ne sont pas reçus à en demander la nullité (art. 882). En est-il de même en matière de séparation de biens? Non. La difficulté a été prévue lors de la communication du projet au Tribunat; d'après la rédaction arrêtée au conseil d'Etat, on aurait pu croire que les créanciers n'étaient pas recevables à attaquer la séparation, lorsqu'ils avaient négligé d'intervenir dans l'instance. Le Tribunat proposa un changement de rédaction qui ne laissait plus aucun doute sur ce point, et c'est la disposition ainsi modifiée qui a été définitivement adoptée. L'intention du législateur est donc de donner aux créanciers le droit d'agir en nullité dans toute hypothèse, alors même qu'ils ne seraient pas intervenus. La loi leur donne même ce droit quand il s'agit de l'exécution de la séparation, car la liquidation de la communauté pourrait aussi se faire au préjudice et en fraude des créanciers. Si le législateur se montre si sévère en cette matière, c'est qu'il voulait à tout prix éviter la fraude ou la réprimer, une expérience séculaire lui ayant appris la fréquence des séparations frauduleuses (3).

(1) Limoges, 2 août 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1777).

(2) Voyez, en ce qui concerne l'intervention, Liége, 3 juillet 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 191), et 3 juillet 1830 (*ibid.*, 1830, p. 170). Grenoble, 26 avril 1806 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1731). Et quant à l'action paulienne, Bruxelles, 26 juin 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 240); Cassation, 2 février 1870 (Dalloz, 1870, 1, 119), et 9 novembre 1872 (Dalloz, 1873, 1, 38).

(3) Observations du Tribunat, n° 12, sur l'article 58 du projet (Locré, t. VI, p. 379).

270. Il y a cependant un point dans lequel la loi semble se montrer moins favorable aux créanciers. D'après le droit commun, l'action paulienne dure trente ans, et tel est aussi le délai que la loi accorde pour former tierce opposition. Le code civil ne statuait rien à cet égard, il maintenait donc le droit commun. Il y a été dérogé par le code de procédure; il limite à un an la durée de l'action paulienne ou de la tierce opposition que les créanciers forment contre le jugement de séparation pour cause de fraude. Pourquoi le législateur, qui tient tant à réprimer la fraude en cette matière, limite-t-il à un si court délai l'action qui a pour objet d'annuler la séparation frauduleuse? C'est que le jugement qui prononce la séparation de biens a des effets bien plus étendus que les jugements ordinaires; il entraîne un changement d'état pour la femme, qui devient capable de faire, sans autorisation maritale, tous les actes d'administration concernant ses biens; et il diminue les droits du mari, qui perd la jouissance des propres de la femme, et doit lui rendre la moitié des biens qui composent la communauté. Ces changements dans la situation des époux influent sur les actes journaliers de la vie; il était impossible de laisser l'état de la femme et les droits du mari dans l'incertitude pendant trente ans; il fallait, au contraire, les fixer dans le plus bref délai. D'ailleurs le délai si court d'un an n'empêchera pas les créanciers d'agir. La demande en séparation a été rendue publique, le jugement est rendu public, les créanciers sont mis par cette grande publicité en demeure d'agir; s'ils n'agissent pas immédiatement, on doit croire que la séparation est sincère (1).

271. Le délai d'un an a donné lieu à de longues controverses qui ne sont pas encore terminées. On demande si le délai s'applique à la liquidation des droits de la femme. Les créanciers peuvent l'attaquer si elle est faite en fraude de leurs droits; l'article 1447 leur donne l'action paulienne ou la tierce opposition pour deux causes : ils peuvent se pourvoir con[tre] le jugement qui prononce la

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 87, nº 93. Troplong, t. I. p. 406, nº 1399.

séparation et ils peuvent attaquer l'exécution du jugement si elle est faite en fraude de leurs droits. Est-ce que l'article 873 s'applique à l'une et à l'autre action? Il nous semble que le texte décide la question; il porte que les créanciers ne seront plus reçus, après un an, à se pourvoir par tierce opposition contre le *jugement de séparation;* la loi ne parle pas de la liquidation, cette liquidation ne doit pas se faire par jugement, elle peut être faite de gré à gré, par acte authentique; elle n'est donc pas comprise dans le texte du code de procédure. L'esprit de la loi s'oppose aussi à ce qu'on étende à l'exécution du jugement ce que l'article 873 dit de la tierce opposition dirigée contre le jugement de séparation. Nous venons de dire les motifs pour lesquels la loi a limité à un an l'action des créanciers, ces motifs sont étrangers à la liquidation; il ne s'agit plus de l'état de la femme et des droits du mari, ils sont fixés par le jugement; les créanciers n'allèguent qu'un acte isolé, cet acte n'a pas été entouré de la publicité qui est établie pour la procédure en séparation. L'exécution est nulle, et la nullité reste dans le droit commun; elle doit donc être soumise à la prescription générale.

Nous supposons que la liquidation se fait après le jugement qui a prononcé la séparation de biens. Dans ce cas, la question n'est guère douteuse. Les créanciers ont dû attaquer la séparation dans le délai d'un an; l'état et les droits des époux sont donc fixés, il ne s'agit plus que d'un acte isolé qui est en dehors du texte et de l'esprit de l'article 873 (1). La question est plus difficile quand le jugement qui prononce la séparation liquide aussi les droits de la femme; cela arrivera rarement, mais cela peut arriver. Est-ce que, dans ce cas, les créanciers n'ont qu'un an pour attaquer la liquidation, ou ont-ils le délai ordinaire de trente ans? La jurisprudence de la cour de cassation a varié. Elle a commencé par appliquer le délai d'un an à la liquidation aussi bien qu'à la séparation. Puis elle s'est

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 396, note 24, § 516. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1891, et Brux., 13 mars 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 57).

prononcée pour la distinction des deux actes ; nous croyons que cette dernière jurisprudence doit être préférée. Il y a, sur la question, un arrêt de la chambre civile très-bien motivé. La cour part du principe que l'action en séparation de biens et l'action en liquidation des droits de la femme sont essentiellement distinctes. Elles peuvent, à la vérité, être formées et jugées simultanément, puisqu'elles sont connexes, mais cela n'empêche pas qu'elles diffèrent par leur nature et leur objet. La cour reproduit ici les motifs que nous avons donnés pour justifier la courte prescription d'un an, motifs qui sont étrangers à la liquidation. Il est si vrai que les deux actes sont distincts, que l'un, la séparation, est un acte essentiellement contentieux, puisque la séparation doit être poursuivie en justice ; tandis que l'autre, la liquidation, peut être volontaire ; l'un appartient à la juridiction contentieuse, l'autre à la juridiction volontaire. Si la liquidation se faisait pardevant notaire, certes on n'appliquerait pas l'article 873 ; on ne doit pas l'appliquer non plus quand elle se fait en justice, car la nature de l'acte reste la même. Peu importe aussi que la liquidation se fasse par un jugement séparé ou par le même jugement qui prononce la séparation, la liquidation est toujours un acte distinct. Cela décide la question. En effet, l'article 873 établit une prescription exceptionnelle, donc de stricte interprétation ; on n'étend pas les exceptions. Le délai d'un an prescrit par le code de procédure pour attaquer le *jugement de séparation* ne peut donc être étendu au jugement qui liquide les droits de la femme : la liquidation reste sous l'empire du droit commun, par cela seul qu'aucune loi n'y a dérogé (1). Ces motifs semblent péremptoires. Toutefois nous n'oserions assurer que le débat est clos, car nous trouvons des réserves en faveur de la première jurisprudence dans un arrêt de la chambre des requêtes (2), au moins dans l'hypothèse où la liquidation se fait par le jugement qui pro-

(1) Rejet, chambre civile, 11 novembre 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1890). Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, *ibid.*, n° 1890).
(2) Rejet, 26 mars 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 1891).

nonce la séparation. La doctrine s'est prononcée pour l'opinion que nous venons de défendre.

Nº 3. DROIT DES CRÉANCIERS EN CAS D'INOBSERVATION DES FORMES LÉGALES.

272. L'article 873 porte que l'action des créanciers est limitée à un an lorsque les formes prescrites par la loi ont été observées. Cela implique que les créanciers du mari ont encore une autre action fondée sur l'inobservation des formes légales. Le code de procédure le dit; après avoir prescrit les formes que la femme doit observer pour donner de la publicité au jugement, l'article 869 ajoute que ces formalités seront observées à peine de nullité, laquelle pourra être opposée par le mari ou par ses créanciers. L'article 869 ne parle que des formes qui concernent la publicité de la demande. Le code civil avait déjà prononcé la nullité pour inobservation des formes prescrites pour la publicité du jugement. Il n'est pas dit qui peut se prévaloir de la nullité; la chose n'est pas douteuse, puisque c'est surtout dans l'intérêt des créanciers du mari qu'elles doivent être remplies.

273. Quelle est la durée de cette action? L'article 873 du code de procédure répond implicitement à la question. Il ne limite le droit des créanciers que si les formes ont été observées, c'est-à-dire quand l'action est fondée sur la fraude. Quand l'acte est attaqué pour inobservation des formes, on n'est plus dans le cas de l'exception; donc on reste sous l'empire de la règle générale, c'est-à-dire que la prescription est de trente ans. La question est cependant controversée (1). Il a été jugé que si la séparation de biens n'a pas été exécutée, elle est nulle en ce sens qu'elle est considérée comme n'ayant jamais existé. Ce serait donc un acte inexistant dont il n'y a pas lieu de prononcer l'annulation, car on ne demande pas la nullité du néant (2). Cela serait décisif si réellement la séparation

(1) Odier, t. I, p. 390, nº 363; Troplong, t. I, p. 406, nº 1400; Rodière et Pont, t. III, p. 638, nº 2163: Aubry et Rau, t. V, p. 395, note 23, § 516.
(2) Bourges, 15 février 1823 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,*

était inexistante; il faudrait pour cela que l'exécution de la séparation fût un acte solennel; or, quoique l'exécution volontaire doive être authentiquement constatée, on ne peut pas considérer l'authenticité de l'acte comme une solennité qui entraîne l'inexistence de la séparation; les formalités qui produisent cet effet sont celles qui concernent l'expression du consentement, tandis que celles de l'article 1444 ne sont prescrites que pour empêcher la fraude. Il en résulte que la séparation, quoique nulle, a une existence légale. Aussi la jurisprudence admet-elle que la nullité se couvre (n° 263), ce qui ne se pourrait faire si la séparation était inexistante. La séparation étant seulement nulle, il faut une action en nullité, et toute action se prescrit par trente ans (1).

§ V. *Effets de la séparation de biens.*

N° 1. DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ.

274. La séparation de biens dissout la communauté, de même que la séparation de corps, qui emporte toujours séparation de biens (art. 311 et 1446). Quand la communauté est dissoute, la femme a la faculté de l'accepter ou d'y renoncer (art. 1453). La femme séparée de biens a-t-elle la même option? On ne poserait pas même la question si un tribun n'avait soutenu devant le corps législatif que la femme doit nécessairement renoncer (2). C'est une de ces erreurs assez fréquentes que l'on rencontre dans les travaux dits préparatoires; si nous la signalons, ce n'est pas pour déprécier ces travaux, et notamment les rapports et les discours des membres du Tribunat; il y a des rapports très-remarquables; ceux de Chabot sur les successions, de Jaubert sur les obligations, de Duveyrier sur le contrat de mariage seront toujours consultés avec fruit. Mais les

n° 1897). Dans le même sens, Rodière et Pont, t. III, p. 637, n° 2162, qui citent un arrêt de la cour de cassation: Rejet, 15 janvier 1843 (Dalloz, *ibid.*, n° 1897); l'arrêt ne dit point ce qu'on lui fait dire.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 400, note 1, § 516 (4e éd.).

(2) Toullier relève l'erreur de Mouricault avec quelque aigreur: il n'aime pas les tribuns (t. VII, 1).

auteurs modernes ont abusé de la discussion du code civil pour faire dire à la loi ce que, dans leur opinion, la loi voulait dire et ce que très-souvent elle ne dit point. Il faut se défier de ce genre d'arguments comme de ceux que l'on puise dans la tradition ; on y trouve à peu près tout ce que l'on veut. Notre science demande une argumentation plus sérieuse. C'est pour cela qu'il est bon de relever les erreurs de ceux qui ont pris part à la discussion du code civil. Nous n'admettons d'autre autorité que celle du texte et des principes.

Pothier dit que la femme qui a obtenu la séparation de biens renonce ordinairement à la communauté parce que celle-ci est mauvaise, elle se borne alors à exercer ses reprises. Dans l'ancien droit, on contestait à la femme séparée le droit d'accepter ; c'est sans doute le souvenir de cette controverse qui a trompé le tribun Mouricault. Mais Lebrun a remarqué que la demande en séparation ne prouve pas nécessairement que la communauté soit mauvaise ; la femme peut donc avoir intérêt à l'accepter, ne fût-ce que pour sauver quelque débris de sa dot ; et dès qu'elle y a intérêt, son droit ne saurait être contesté. C'est l'avis de Pothier et de tous les auteurs modernes (1).

275. Que la femme séparée de biens accepte ou qu'elle renonce, on lui applique toujours le droit commun en ce qui concerne sa dot et ses reprises. Quand elle renonce, sa dot mobilière est perdue, il ne lui reste que ses propres et les récompenses auxquelles elle peut avoir droit. Si elle accepte, elle prendra la moitié de la communauté, et elle ne sera tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument si elle prend soin de faire inventaire.

L'article 1452, assez mal rédigé, semble apporter une exception au droit commun, tandis qu'en réalité il ne fait que l'appliquer. Il porte : « La dissolution de communauté opérée par le divorce ou par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme, mais celle-ci con-

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 519 et 520. Rodière et Pont, t. II, p. 313, no 1038. Colmet de Santerre, t. VI, p. 269, no 105 *bis* III.

serve la faculté de les exercer lors de la mort de son mari. » Un droit de survie est un droit conditionnel, comme le mot même le dit ; la femme ne peut l'exercer que si elle survit ; or, quand la communauté se dissout par toute autre cause que la mort, on ne sait pas qui survivra ; il ne peut être question d'exercer un droit conditionnel tant que la condition n'est pas accomplie. Ce n'est pas là un principe spécial à la femme, puisque c'est une conséquence de la nature du droit. Il faut appliquer au mari ce que l'article 1452 dit de la femme. Si la loi ne parle que du mari, c'est probablement parce que, dans le chapitre de la *Séparation de biens,* il n'est question que des droits de la femme.

276. La loi aurait dû accorder des garanties à la femme séparée pour ses droits de survie, comme elle le fait quand la femme a droit à un préciput conventionnel en cas de survie, et que la communauté vient à se dissoudre par le divorce ou la séparation de corps. Nous reviendrons sur l'article 1518, qui est également incomplet. Dans le cas de séparation de biens, la loi ne contient aucune disposition particulière ; on reste, par conséquent, sous l'empire du droit commun. La femme a un droit conditionnel, et tout créancier conditionnel peut faire les actes conservatoires de son droit (1). Nous renvoyons au titre des *Obligations* pour ce qui concerne les actes que le créancier est autorisé à faire. On enseigne que la femme qui renonce à la communauté peut exiger de son mari une caution pour la restitution de ses droits de survie. Cela nous paraît très-douteux. Il est vrai que l'article 1518 donne ce droit à la femme qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps lorsque le contrat de mariage stipule un préciput en sa faveur ; mais c'est une disposition tout à fait exceptionnelle. Le créancier ne peut jamais exiger une caution, sauf dans les cas où la loi lui donne ce droit ; or, l'article 1518 ne parle pas de la femme séparée de biens ; ce silence est décisif. On enseigne encore que la femme peut exercer son hypothèque légale dans les ordres

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 675, nº 2219.

ouverts sur les biens du mari, à raison des donations entre-vifs qu'il lui a faites en cas de survie (1). Cela nous paraît aussi douteux; nous renvoyons l'examen de la difficulté au titre des *Hypothèques*.

277. L'incertitude dans laquelle les époux se trouvent quant à leurs droits de survie et l'absence de toute garantie pour le cas où ils survivront les portent à transiger. On demande si la transaction est valable. La cour de cassation distingue : quand la transaction n'implique pas de convention sur une succession future, elle est valable, tandis qu'elle est nulle si elle contient un pacte successoire.

Le contrat de mariage accordait à la femme une pension viagère en denrées pour le cas où elle survivrait. Elle transigea sur ce droit après avoir obtenu la séparation de biens. Les héritiers du mari prétendirent que la transaction était nulle comme renfermant un pacte successoire. Il a été très-bien jugé qu'il n'y avait, dans l'espèce, aucune convention sur une succession future. Ce qui trompe les personnes étrangères à la science du droit, c'est que les gains de survie de la femme s'ouvrent au décès du mari et s'exercent sur sa succession, mais il n'en résulte pas que ces droits fassent partie de la succession; en effet, la femme ne les exerce pas comme héritière, elle les exerce comme créancière en vertu d'un contrat; or, le créancier peut transiger sur ses droits éventuels (2).

Il en est autrement quand le droit de la femme consiste dans une donation de biens à venir. C'est ce qu'on appelle une institution contractuelle; le nom même prouve qu'il s'agit d'un droit héréditaire. Peu importe que ce droit soit stipulé par contrat, car il n'en résulte aucun droit actuel pour le donataire, sauf la qualité d'héritier; mais il est héritier, et, comme tel, il est appelé à accepter ou à renoncer; ce qui prouve que son droit ne s'ouvre qu'à la mort du donateur. Il suit de là que celui qui transige sur une institution contractuelle fait un pacte successoire : il échange un droit, éventuel quant à l'émolument héréditaire, contre

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 387, note 20, § 516, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Rejet, 22 février 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3357).

un droit actuel : voilà bien un traité sur une succession future. Donc la transaction est nulle (1).

N° 2. CONTRIBUTION AUX CHARGES.

278. « La femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. » En principe, ces charges pèsent sur les deux époux. L'article 203 dit que « les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Aux termes de l'article 212, les époux se doivent mutuellement secours et assistance. L'article 214 porte que le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Ces dispositions sont générales et s'appliquent à tous les régimes, mais ce sont les divers régimes qui déterminent comment les deux époux concourent à l'accomplissement des obligations que la loi leur impose, c'est-à-dire dans quelle mesure ils supportent les charges qui résultent du mariage. Régulièrement le mari jouit des biens que la femme apporte en dot ; c'est par sa dot, dont elle abandonne la jouissance au mari, que la femme contribue aux charges du mariage (art. 1540). Il en est ainsi sous les régimes de communauté, d'exclusion de communauté et sous le régime dotal. Quand les époux sont séparés de biens, la femme a la jouissance de ses biens. Il a donc fallu déterminer comment elle contribue aux charges du mariage. La loi distingue. Sous le régime de séparation contractuelle, la femme contribue aux dépenses jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus si les époux n'ont pas eux-mêmes fixé une autre proportion dans leurs conventions matrimoniales. Lorsque la séparation est judiciaire, la loi n'établit pas de proportion fixe, parce que régulièrement le mari est sans fortune, par suite du désordre

(1) Rejet, chambre civile, 16 août 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 447).

de ses affaires. La loi pose comme principe que les époux contribuent en proportion de leurs biens. C'est au juge à déterminer cette proportion. La décision du juge n'est pas fixe ni irrévocable, comme le sont d'ordinaire les jugements. En effet, la loi voulant une égalité proportionnelle, la proportion doit changer d'après la fortune des époux; les affaires du mari peuvent se rétablir; la base de la proportion changeant, la proportion doit également changer (1).

L'article 1448 ajoute que, s'il ne reste rien au mari, la femme doit entièrement supporter les dépenses du ménage et les frais d'éducation. C'est une conséquence des principes que la loi pose au titre du *Mariage;* nous venons de les rappeler. Les frais d'éducation pèsent également sur les deux époux, et le devoir d'assistance leur incombe à tous deux; si l'un d'eux ne possède rien, la charge retombe pour le tout sur l'autre. Il en serait ainsi sous le régime de communauté, si la femme n'avait ni dot ni profession : le mari supporterait seul toute la charge. De même c'est la femme qui doit la supporter quand il ne reste rien au mari après la dissolution de la communauté, sauf à la femme à demander que le mari y contribue s'il revient à meilleure fortune.

279. L'application de ces principes a donné lieu à bien des contestations. Nous avons dit ailleurs que la doctrine et la jurisprudence considèrent l'obligation alimentaire soit comme solidaire, soit comme indivisible; d'après les textes et les principes, il faut dire qu'elle n'est ni indivisible ni solidaire; seulement elle peut incomber pour le tout à l'un des débiteurs si l'autre n'a pas de biens. C'est ce que dit l'article 1448. En disant que la femme doit supporter seule les frais de ménage et d'éducation, la loi parle de l'avenir, puisqu'il est question de la femme qui a obtenu la séparation de biens. Tant que la communauté dure, la femme contribue aux charges par sa dot, le mari seul est tenu des dépenses à l'égard des tiers. Il est arrivé

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 652, nos 2181 et 2182. Paris, 4 avril 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* no 1949).

que la pension des enfants n'était pas payée, lors de la dissolution de la communauté; le mari étant insolvable, le créancier a poursuivi la femme, les tribunaux ont condamné la mère. Rien de plus juste au point de vue de l'équité, mais la décision est très-contestable sur le terrain du droit. La cour d'Agen commence par dire que l'obligation des père et mère de payer les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants est de droit naturel, antérieure et supérieure à toutes les législations. Cela est très-vrai en théorie; mais le droit naturel donne-t-il une action au créancier contre le débiteur? Oui, si la loi a sanctionné le devoir que la nature impose. Non, si c'est une obligation purement naturelle. La cour ajoute que cette obligation est solidaire. Ceci est une erreur, puisqu'il n'y a de solidarité qu'en vertu de la loi ou des conventions, et, dans l'espèce, il n'y a ni convention ni loi. L'article 203, que la cour d'Agen cite, ne fait qu'établir un principe : l'application du principe est abandonnée aux divers régimes et varie d'après les conventions matrimoniales. La cour avoue que, pendant la durée de la communauté, c'est le mari qui doit remplir l'obligation que l'article 203 impose aux deux époux : quel que soit le désordre de ses affaires, quand même il serait insolvable, le créancier des frais d'éducation n'aurait aucune action contre la femme et, à la dissolution de la communauté, il n'a d'action contre elle que comme femme commune en biens, c'est-à-dire pour moitié si elle accepte, et si elle renonce il est sans action aucune. Cependant la cour décide, en se fondant sur la prétendue solidarité, que la femme pourra être poursuivie pour le tout à raison de la dette contractée pendant la durée de la communauté (1). Comment le créancier aurait-il action contre la femme alors que celle-ci ne s'est pas personnellement obligée? Et s'il n'a pas d'action pendant la communauté, comment pourrait-il agir contre elle après que la communauté est dissoute? Que l'on songe un instant aux conséquences du

(1) Agen, 18 juin 1851 (Dalloz, 1851, 2, 228). Dans le même sens, Agen, 13 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 2, 168).

principe invoqué par la cour. Les dépenses de ménage sont également une dette naturelle, les aliments des époux sont aussi favorables que les aliments des enfants. Les créanciers de la communauté pourraient donc réclamer contre la femme le payement intégral de ce qui leur est dû pour dépenses de ménage, car toutes ces dépenses tiennent aux aliments. De sorte qu'en définitive la femme séparée de biens serait obligée de payer, en grande partie, les dettes de la communauté, alors même qu'elle y aurait renoncé! Il faut laisser là le droit naturel et s'en tenir à la loi positive et aux principes qu'elle consacre; quelque favorable que soit la créance des frais d'éducation, le créancier ne peut avoir d'action que contre celui qui a contracté la dette; donc contre le mari, chef de la communauté, et contre la femme en sa qualité de commune en biens.

280. La femme doit supporter entièrement les frais de ménage et d'éducation, s'il ne reste rien au mari. Aura-t-elle droit à une récompense de ce chef si les affaires du mari se rétablissent? Il a été jugé que la femme ne peut réclamer aucune récompense (1). Nous croyons que la décision est fondée sur les vrais principes. En payant les frais pour le tout, la femme a payé sa dette, puisqu'elle en est tenue pour le tout en vertu de l'article 1448; or, celui qui paye sa dette ne peut certes pas réclamer une indemnité pour avoir payé ce qu'il devait. On objecte l'article 203. Si cet article établissait le principe de la solidarité entre époux, indépendamment du régime matrimonial adopté, la femme devrait avoir un recours contre le mari, son codébiteur. A notre avis, il n'y a point de solidarité, et la question doit être décidée, pour les aliments des enfants comme pour les aliments des époux, non en vertu des articles 203 et 212, mais d'après les principes qui régissent les divers régimes. Or, sous le régime de séparation judiciaire, la part contributoire de la femme est fixée par l'article 1448 : elle contribue aux dépenses d'après sa fortune et celle de son mari, et si le mari n'a rien, elle les

(1) Riom, 20 juillet 1853 (Dalloz 1855, 2, 358).

supporte entièrement. Elle paye donc sa dette et non celle du mari, puisque celui-ci ne doit rien. Que s'il rétablit ses affaires, la femme peut demander qu'il contribue à raison de ses biens; mais cette contribution ne sera obligatoire pour le mari que pour les dettes à venir, et non pour les dettes passées; pour celles-ci, le mari n'était pas débiteur, donc il ne doit pas y contribuer (1).

281. La femme doit-elle verser entre les mains du mari la somme à laquelle s'élève sa part contributoire dans les dépenses de ménage? L'affirmative n'est pas douteuse. Quoique la communauté soit dissoute, le mariage subsiste; il y a donc une société conjugale dont le mari est le chef. Dira-t-on que cette société est étrangère aux biens, puisque la communauté est dissoute? Il est vrai qu'il n'y a plus de biens communs, mais il reste toujours des dépenses communes, en ce sens qu'elles sont faites dans l'intérêt des deux époux et des enfants. Qui fait ces dépenses? qui contracte avec les tiers? Est-ce le mari? est-ce la femme? ou seraient-ce les deux époux séparés de biens, chacun pour sa part contributoire? La loi répond à ces questions. D'après l'article 214, la femme doit habiter avec le mari; le domicile conjugal est celui du mari, c'est là qu'il est obligé de recevoir sa femme et de fournir à tous ses besoins; c'est donc le mari qui est le chef, sous tous les régimes, en ce qui concerne les dépenses du ménage. C'est encore lui qui dirige l'éducation des enfants; il est vrai que les enfants sont soumis à l'autorité de leurs père et mère, mais le père seul exerce cette autorité durant le mariage (art. 472 et 473). Ces dispositions règlent la situation des deux époux, indépendamment de tout régime concernant les biens; le mari est le chef de la famille, c'est lui qui la représente, c'est lui qui pourvoit à ses besoins, c'est lui qui règle la dépense et contracte les obligations envers les tiers; quand la femme agit, c'est en qualité de mandataire, elle ne s'oblige pas personnellement, elle oblige son mari. Pour aider son mari à supporter les

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 672, n° 2213. Aubry et Rau, t. V, p. 404, note 62, § 516.

charges du mariage, la femme lui apporte une dot; la dot varie d'après les divers régimes, mais, sous tous les régimes, le mari reçoit ce que la femme lui apporte à titre de dot; et il en dispose, soit de la propriété des effets mobiliers sous le régime de communauté, soit des revenus sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal. En cas de séparation de biens, il y a aussi une dot dans le sens large du mot, car la femme apporte à son mari sa part contributoire dans les dépenses. Cette somme annuelle doit donc être mise à la disposition du mari. Il est certain qu'il en est ainsi sous le régime de séparation contractuelle; il en doit être de même lorsqu'il y a séparation judiciaire, les principes établis au titre du *Mariage* le veulent ainsi.

La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens. Merlin a très-bien établi les principes dans l'affaire Montmorency. Une sentence du Châtelet de Paris prononça la séparation de biens du duc et de la duchesse de Montmorency. Le duc émigra, puis il rentra en France et descendit à l'hôtel de sa femme, où il fut logé et nourri aux frais de la duchesse, celle-ci dirigeant le ménage. En 1806, le duc demanda que le tribunal fixât la somme à laquelle s'élèverait la part contributoire de sa femme dans les dépenses du ménage, dont le duc entendait reprendre la direction. La duchesse répondit que depuis vingt-cinq ans c'était elle qui tenait le ménage et en payait les frais, qu'elle pourvoyait à tous les besoins de son mari, qu'elle ne lui demandait rien et que, de son côté, il avait encore moins à lui demander. Le tribunal de la Seine et la cour de Paris repoussèrent la demande du duc. Pourvoi en cassation. Merlin prononça un de ses beaux réquisitoires. Prenant appui sur les textes du code, il prouve que le mari est le *chef* de la société conjugale, que c'est lui qui reçoit sa femme dans sa maison, que ce n'est pas la femme qui reçoit le mari dans la sienne. Maître chez lui tant que dure la communauté, le mari conserve son autorité après que la communauté est dissoute. Qu'importe que la femme reprenne l'administration de ses biens personnels? Il n'est pas question de cette administration, il s'agit de savoir

qui a le droit de commander dans la maison conjugale. La séparation de biens n'apporte aucun changement au mariage ni à la puissance maritale, sauf en ce qui concerne les actes d'administration que la femme peut faire sans autorisation du mari. Cette exception unique confirme la règle : le mari reste ce qu'il était, le chef; c'est donc lui qui a la direction du ménage, c'est dans ses mains que la femme doit verser sa part contributoire. Tel était l'ancien droit, que Merlin aime à citer; tel est aussi le droit nouveau. Nous l'avons prouvé en résumant la lumineuse démonstration de Merlin. La chambre des requêtes admit le pourvoi, et nous ne doutons pas que la chambre civile n'eût cassé l'arrêt de Paris si le divorce obtenu par la duchesse de Montmorency n'avait mis fin au débat (1). Il y a un arrêt très-bien fait de la cour de Nancy en ce sens (2), et il va sans dire que la doctrine est d'accord avec la jurisprudence.

282. Mais la doctrine et la jurisprudence ont faibli dans l'application du principe. Il y a une objection contre l'opinion de Merlin. D'ordinaire quand la séparation de biens est prononcée, le désordre des affaires du mari tient ou à une conduite déréglée ou à des habitudes de dissipation. Que deviendra la contribution de la femme dans les mains d'un mari dissipateur ou débauché? N'est-il pas à prévoir qu'il fera de la pension annuelle que la femme lui payera un aussi mauvais usage que celui qu'il a fait de sa dot et que, par suite, le but de la séparation sera manqué? La cour de Nancy dit qu'il n'y a d'autre remède au mal que la séparation de corps, que la femme pourra demander si le mari la laisse manquer du nécessaire. Le droit de demander la séparation de corps ou le divorce de ce chef est très-douteux; dissiper les biens de la femme n'est pas une de ces injures graves qui forment une cause déterminée du divorce et autorisent la séparation de corps. Le mal tient à une mauvaise gestion, et la loi aurait dû y

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de biens*, section II, § V, nº 8 (t. XXX, p. 394).
(2) Nancy, 28 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1950).

porter remède en réglant l'administration. Elle ne l'a pas fait. Les tribunaux ont essayé de combler la lacune. En ont-ils le droit?

Il n'y a qu'un moyen d'empêcher le mari de dissiper les sommes que la femme doit lui remettre pour sa part dans les dépenses, c'est de ne pas la verser entre ses mains, en autorisant la femme à payer directement les fournisseurs. Les auteurs reconnaissent ce droit aux tribunaux (1), et les tribunaux en usent (2). Merlin a prouvé que c'est déroger à la puissance maritale que de donner la direction du ménage à la femme, alors que la loi veut que le mari soit chef. La question est donc de savoir si les tribunaux peuvent dépouiller le mari, en tout ou en partie, de la puissance que la loi lui donne. A notre avis, la négative est certaine. La puissance maritale est d'ordre public; les tribunaux n'ont pas le droit de l'enlever au mari, ils n'ont pas non plus le droit de la diminuer ou de l'entraver. Rien n'est plus faible que ce que les auteurs disent à l'appui de l'opinion générale. Troplong ne voit pas même quel est le vrai objet de la difficulté. « L'*intérêt* de la femme, dit-il, et l'*intérêt* des enfants exigent que la femme soit dispensatrice de sa part contributive. Cela est même dans l'*intérêt* du mari, et les tribunaux doivent se prêter à ce tempérament s'ils ne veulent pas que la séparation manque tous ses effets (3). » Voilà d'excellentes raisons pour motiver une loi; mais où est la loi? Au législateur il appartient de consulter l'intérêt des hommes; le juge ne décide pas sur les *intérêts*, il n'a qu'une chose à voir : quel est le *droit?* Odier cite l'article 1449, qui rend à la femme la libre administration de ses biens (4). C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts : en obligeant la femme à verser sa part contributoire entre les mains du mari, on ne lui enlève pas son pouvoir d'administration, c'est elle qui administre ses biens et perçoit ses revenus;

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 405 et note 165, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 152, n° 99 *bis* III.

(2) Caen, 8 avril 1851 (Dalloz, 1852, 2, 127). Comparez Rejet, 6 mai 1835 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1954).

(3) Troplong, t. I, p. 416, n° 1435.

(4) Odier, t. I, p. 375, n° 401.

mais sur ces revenus elle prélève la somme qu'elle doit verser à son mari. C'est lui qui ensuite en disposera pour supporter les charges du mariage : il agira comme *chef*, et non comme administrateur légal des biens de la femme.

Il y a un arrêt de la cour de Riom dans le sens de notre opinion. Le premier juge avait autorisé la femme à payer directement une partie de la dépense jusqu'à concurrence de sa portion contributoire. Cette décision a été réformée en appel. La cour pose en principe que la part contributoire doit être réunie aux revenus du mari pour par lui pourvoir, comme chef de l'association conjugale, aux besoins communs. Permettre à la femme de payer elle-même une partie de ses dépenses, ce serait non-seulement détruire l'ensemble de la direction, appeler des luttes continuelles entre le mari et la femme, mais encore renverser l'ordre établi par la loi et transporter sur la tête de la femme l'autorité maritale, fondement de la société conjugale, autorité qui, malgré la séparation de biens, réside intacte dans les mains du mari (1). » Voilà les vrais principes, tels que Merlin les a établis ; le législateur seul pourrait les changer.

283. Les maris, de leur côté, ont essayé de se soustraire à la loi. En vertu de l'article 1449, la femme reprend la libre administration de ses biens, mais l'article 1448 veut qu'elle contribue aux charges du mariage ; cette contribution n'implique-t-elle pas que le mari a le pouvoir d'administrer au moins les biens qui procurent le revenu destiné aux charges du mariage? Ces prétentions avaient encore moins de fondement que celles des femmes ; la jurisprudence et la doctrine les ont repoussées. La loi dit en termes absolus que la femme reprend la libre administration de ses biens, donc de tous ses biens, sans exception. L'article 1448 ne déroge pas à l'article 1449 ; il soumet seulement la femme à une contribution, c'est-à-dire à remettre au mari la somme fixée par le juge ; la femme prélève cette pension sur ses revenus, ce qui ne

(1) Riom, 16 février 1853 (Dalloz, 1854, 5, 685, nº 2).

l'empêche pas d'administrer librement son patrimoine (1).

Les maris ne pouvant enlever à la femme l'administration des biens que la loi lui accorde ont prétendu que la femme leur devait une garantie pour le payement de sa part contributoire. Il y a une réponse péremptoire à leur faire, c'est que les garanties doivent être ou stipulées par les parties intéressées ou établies par la loi; or, il n'y a ni loi ni convention qui oblige la femme à fournir des garanties à son mari, ce qui est décisif. La cour de Paris l'a jugé ainsi, en ajoutant cependant une réserve, c'est que, dans l'espèce, la femme n'avait point cherché à se soustraire à l'obligation que la loi lui impose (2). Cela suppose que si la femme manquait à ses obligations, le mari pourrait exiger des garanties; il faut décider, au contraire, et sans hésiter, que le mari n'a jamais le droit de réclamer une garantie quelconque; il a les droits d'un créancier, celui de poursuivre le débiteur et de saisir ses biens : la loi ne lui en donne pas d'autres (3).

284. Quels sont les rapports des époux avec les tiers en ce qui concerne les frais de ménage et d'éducation? La question est de savoir si la femme est tenue personnellement à l'égard des créanciers. Il nous semble que la négative résulte du texte de la loi et des principes. L'article 1448 dit que la femme doit *contribuer;* cette expression suppose qu'il s'agit des rapports des époux entre eux, et non d'un lien d'obligation à l'égard des tiers. En effet, comme nous venons de le dire, la femme doit verser sa part contributoire entre les mains du mari; quand elle a payé cette somme, elle a acquitté sa dette et, par suite, elle ne peut plus être recherchée par les créanciers, pas plus qu'elle ne pourrait l'être sous le régime de communauté, ou sous tout autre régime, lorsqu'elle contribue aux charges du mariage par sa dot ou par les intérêts de sa dot. Que l'on n'objecte pas le second alinéa de l'article 1449,

(1) Bordeaux, 27 avril 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1956). Aubry et Rau, t. V, p. 405, § 516.
(2) Poitiers, 17 février 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1955).
(3) Rodière et Pont, t. III, p. 655, n° 2186. Aubry et Rau, t. V, p. 405, note 64, § 516.

qui porte que la femme doit *supporter* entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari. L'obligation de la femme ne change pas de nature, selon qu'elle supporte tous les frais, ou une partie des frais, elle consiste toujours à remettre au mari la somme pour laquelle elle contribue; aussi la loi ne dit-elle pas que la femme est *tenue* de tous les frais à l'égard des créanciers; elle dit que la femme *supporte* tous les frais, ce qui signifie qu'ils sont à sa charge. Cela est en harmonie avec les principes généraux qui régissent les rapports des époux avec les tiers créanciers. Le mari est le chef, comme dit Merlin; c'est lui qui doit fournir aux besoins de la femme et des enfants, c'est donc lui qui doit contracter avec les tiers; si ce n'est pas lui, mais la femme qui fait ces dépenses journalières, ou contracte les dettes envers les fournisseurs, elle agit comme mandataire du mari; c'est donc le mari qui est obligé. Est-ce que la séparation de biens change quelque chose à ces rapports? Non, cela est impossible, car les principes découlent de la puissance maritale et de la subordination de la femme. La femme séparée reprend la libre administration de ses biens : tel est le seul effet que produit la séparation judiciaire, elle reste soumise à la puissance maritale; donc elle n'a aucune qualité pour traiter personnellement avec les tiers, alors même que c'est elle qui supporte toutes les dépenses; elle est débitrice de son mari et le mari est débiteur des tiers.

Nous sommes étonné de voir ces principes élémentaires méconnus par d'excellents auteurs. Aubry et Rau enseignent que la femme séparée est *tenue personnellement* envers les tiers dans la limite de sa part contributoire; d'où ils concluent que la femme ne pourrait refuser de les satisfaire, *sous le prétexte* qu'elle aurait remis au mari le montant de sa part de contribution (1). Cette doctrine nous paraît étrange. La femme peut-elle être *tenue personnellement* alors qu'elle ne s'est pas obligée? Or, ce n'est pas elle qui s'oblige pour les frais de ménage et d'éducation: elle n'en a pas même le droit, car elle n'est capable de

(1) Aubry et Rau, t. V, 405 et note 67, § 516 (4e éd.).

s'obliger que pour l'administration de ses biens personnels. Ce n'est pas elle qui est chef et qui gouverne le ménage, c'est le mari; peu importe que ce soit elle qui paye les frais par sa contribution; de ce qu'elle doit contribuer à l'égard de son mari, on ne peut induire qu'elle soit débitrice à l'égard des créanciers. La conséquence à laquelle conduit cette opinion témoigne contre le principe d'où elle découle. Quoi! la femme satisfait à l'obligation que la loi lui impose en versant sa part contributoire entre les mains du mari; le mari ne paye pas les fournisseurs, ceux-ci poursuivent la femme; et la femme devra payer une seconde fois! et si elle oppose qu'elle est libérée, on traitera cette exception de *prétexte!* Quoi! c'est un *prétexte* que de soutenir que l'on est libéré quand on a payé ce que l'on doit!

La jurisprudence a consacré cette singulière doctrine. Nous ne lui reconnaissons aucune autorité en cette matière, parce que, au lieu de prouver, elle se contente d'affirmer. Ainsi la cour de Paris a condamné la comtesse de Montholon à payer le montant des fournitures faites depuis le jugement de séparation; elle invoque l'article 1448, qui déclare que la femme doit supporter entièrement les frais de ménage lorsque le mari est dans l'impossibilité absolue d'y contribuer (1). La cour oublie de prouver ce qu'elle avance, et nous attendons toujours la preuve; que l'on prouve que la séparation de biens met fin à la puissance maritale, en ce sens que le mari insolvable cesse d'être le chef de la famille et que c'est la femme qui devient le chef! Troplong approuve néanmoins. Les fournisseurs, dit-il, tout en traitant avec M. de Montholon, savaient que le comte n'avait d'autre soutien que la fortune de sa femme (2). Eh, qu'importe? Est-ce que l'insolvabilité du mari aurait ce singulier effet qu'il cesse d'être débiteur et que la femme le devient, quoique le mari ait parlé au contrat et que la femme y soit restée étrangère? Ce sont des arguments dignes d'un fournisseur, mais indignes d'un jurisconsulte.

(1) Paris, 21 avril 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1959).
(2) Troplong, t. I, p. 417, n° 1440.

La cour de cassation a encore renchéri sur cette doctrine plus qu'étrange. Dans l'espèce, les époux étaient séparés de biens par contrat de mariage, ce qui revient au même. Des fournitures avaient été faites au nom du mari, elles rentraient dans les dépenses du ménage. La cour de Paris condamna le mari solidairement avec la femme à les payer; elle donne pour tout motif que les fournisseurs avaient agi de bonne foi et dans la confiance que les fournitures seraient payées tant par le mari que par la femme. La décision serait excellente si nos tribunaux étaient des cours d'équité. Mais nous avons des lois, et la cour de cassation en est la gardienne. Que décide-t-elle? Que la cour de Paris n'avait violé aucune loi en tirant de ces faits la conséquence que le mari était tenu *solidairement*, à l'égard des fournisseurs, à acquitter le montant des fournitures qu'ils avaient faites (1). Si la cour avait jugé que le mari était tenu comme chef, en vertu du mandat tacite dont la femme mariée est investie sous tous les régimes, sa décision eût été juridique. Mais dire que le mari est tenu solidairement implique que la femme est codébitrice solidaire. Or, quand y a-t-il solidarité? Quand elle est *expressément stipulée*, ou quand elle a lieu en vertu d'une *disposition de la loi* (art. 1202). Où est, dans l'espèce, la *stipulation expresse*, où est la *disposition de la loi?* L'article 1202 était donc violé. Les principes les plus élémentaires étaient méconnus, puisque la cour fondait une obligation sur la *bonne foi* des fournisseurs : est-ce que la *bonne foi* suffit pour qu'il y ait un créancier et un débiteur?

285. Nous avons dit que la séparation de biens relâche, de fait, le lien du mariage, quoique, de droit, le mariage subsiste avec toutes ses conséquences. L'expérience le prouve. Il arrive assez souvent que les époux séparés de biens se séparent aussi d'habitation, de sorte que la vie commune cesse. De là de nouvelles difficultés sur les frais d'entretien des époux : qui les supporte? D'ordinaire il intervient des conventions, à ce sujet, entre les conjoints;

(1) Rejet, 27 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 142).

il va sans dire qu'elles sont radicalement nulles. Dans une espèce où les époux étaient convenus de supporter chacun les dépenses de leur ménage séparé, le mari demanda que la femme fût tenue de concourir, pour le passé et pour l'avenir, aux frais qu'il avait faits et qu'il serait dans le cas de faire. Il se fondait sur l'article 1448. La cour répond, et la réponse est péremptoire, que la loi suppose la vie commune, et que si le mari voulait agir contre sa femme, il devait avant tout demander qu'elle rentrât dans le domicile conjugal, qui était celui du mari (1).

Il ne peut y avoir d'action entre époux pour aliments tant qu'ils vivent séparés de fait, parce que les juges ne peuvent pas reconnaître une séparation de fait, qui viole le premier devoir des époux, celui d'une vie commune. La loi admet une action alimentaire entre époux séparés de corps par sentence du juge. Mais tant qu'ils ne sont que séparés de biens, c'est le mari qui est le chef de l'association conjugale, c'est lui qui supporte, comme tel, les charges du ménage; ce ménage doit être commun; dans ce cas, le mari a action contre la femme en vertu de l'article 1448; il peut exiger la contribution de sa femme, il ne peut pas demander de pension alimentaire (2).

La cour de Bordeaux dit très-bien que ce serait favoriser les séparations de fait que d'autoriser les époux à former des demandes d'aliments alors que le mariage subsiste. Toutefois la cour admet qu'il y a des circonstances exceptionnelles qui rendent la cohabitation impossible. Tel était, dans l'espèce, l'état de faillite du mari, qui ne possédait rien, n'avait pas encore acquitté le dividende promis à ses créanciers et ne vivait que de l'hospitalité de son gendre et de sa fille. Le mari, dit la cour, ne saurait obliger la femme à habiter avec lui, puisqu'il n'a pas de domicile où il puisse la recevoir. Dans ces circonstances, la cour admit l'action alimentaire du mari contre la femme (3). La décision nous laisse quelque doute. Si le mari ne possédait rien, la femme était obligée de supporter entière-

(1) Grenoble, 11 mars 1851 (Dalloz, 1853, 2, 62).
(2) Paris, 9 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 2, 186)
(3) Bordeaux, 31 mai 1854 (Dalloz, 1855, 2, 289).

ment les charges du ménage; la première de ces charges consistait à avoir un domicile, donc le domicile conjugal pouvait et devait être rétabli aux frais de la femme, et, par suite, le mari reprenait la direction du ménage, sauf à la femme à en payer les dépenses. Telle est la loi, et nous ne voyons pas de quel droit les tribunaux y dérogent.

N° 3. DROITS DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS.

I. *De l'administration et de la jouissance.*

286. L'article 1449 dit que la femme séparée de corps et de biens, ou de biens seulement, reprend la libre administration. Il n'est pas dit qu'elle en reprend aussi la jouissance. Cela était inutile à dire, c'est une conséquence naturelle de la dissolution de la communauté et de la séparation de biens. En principe, les fruits appartiennent au propriétaire (art. 547), quand les époux se marient sous le régime de communauté, ils mettent la jouissance de leurs biens en commun ; la séparation judiciaire dissout la communauté, et met par cela même fin à la jouissance du mari; la femme reprend ses droits de propriétaire. En traitant de la séparation de biens contractuelle, la loi dit que la femme conserve la jouissance libre de ses revenus (art. 1536); elle le dit encore des biens paraphernaux sous le régime dotal, ces biens étant soumis au régime de séparation (art. 1576). Il en doit être de même en cas de séparation judiciaire.

287. Ce que nous disons de la jouissance est vrai aussi de l'administration : la femme reprend l'administration de ses biens en vertu de son droit de propriétaire. Si l'article 1448 s'explique sur l'administration, c'est pour dire que la femme reprend la *libre* administration de ses biens. Elle est *libre* en ce sens qu'elle est affranchie de la puissance maritale. D'après la rigueur de la loi, la femme séparée de biens reste sous la puissance du mari; par suite, elle ne pourrait faire aucun acte, pas même d'administration, sans autorisation maritale ou de justice. L'article 1449 fait exception à l'incapacité de la femme en ce qui con-

cerne les actes d'administration, et lui permet de les faire librement, sans avoir besoin d'aucune autorisation. La dérogation au droit commun est grave, car il s'agit d'une exception à la puissance maritale, qui est d'ordre public : la femme séparée de biens, quoique restant sous puissance, en est affranchie pour les actes les plus usuels de la vie. On voit que le relâchement du lien que le mariage établit entre les époux est légal, puisque la loi elle-même affaiblit la puissance maritale en y dérogeant.

Quels sont les motifs de cette exception? C'est probablement une nécessité pratique qui l'a fait introduire. L'administration exige des actes très-fréquents, et qui souvent doivent se faire de suite, sans aucun retard. Elle serait entravée si le mari ou la justice devaient intervenir dans chaque acte que la femme est dans la nécessité de faire; en ce sens, la femme devait avoir le droit d'administrer librement. Une autre considération justifie, au moins dans les cas ordinaires, cette dérogation au droit commun. L'autorisation maritale est requise pour que le mari, chef de la famille, examine si l'acte que la femme se propose de faire répond à son intérêt et à celui de la famille; cela suppose que le mari a l'habitude et la capacité d'un homme d'affaires. En cas de séparation de biens, cette supposition est presque toujours démentie par le désordre de sa gestion et même de ses mœurs. Le mari ne mérite donc pas de conserver la puissance maritale dans toute sa plénitude (1). Cette justification laisse à désirer, nous semble-t-il. Nous dirons plus loin que la puissance maritale et, par suite, la nécessité de l'autorisation subsistent : la femme doit être autorisée de son mari quand elle aliène un immeuble, quand elle agit en justice. Si le mari conserve son autorité pour les actes les plus importants, on pourrait aussi et on devrait la lui laisser pour des actes d'une moindre importance. C'est donc moins pour indignité que par nécessité que la loi dispense la femme de l'autorisation pour les actes d'administration.

(1) Troplong, t. I, p. 409, n° 1405.

288. La femme reprend de droit l'administration et la jouissance de ses biens. Peut-elle les laisser au mari, soit par une convention, soit de fait et par un consentement tacite? Et quelle est la conséquence de ce fait ou de cette convention? La loi prévoit ces questions au chapitre de la *Séparation contractuelle*. Aux termes de l'article 1539, la femme séparée peut laisser de fait la jouissance de ses biens à son mari. Nous disons de fait, car la loi ne suppose aucune convention, aucun mandat, pas même tacite. A quoi est tenu, dans ce cas, le mari? L'article 1539 répond : « Le mari n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. » La femme peut donc toujours reprendre la jouissance de ses biens, ainsi que l'administration, c'est son droit tant que la séparation subsiste. Dans l'espèce, il n'intervient aucune convention entre les époux ; la jouissance du mari est donc un pur fait, la femme peut y mettre fin quand elle veut. Pourquoi le mari, à la demande de sa femme, ou à la dissolution du mariage, ne doit-il compte que des fruits existants et non des fruits consommés? C'est que la femme, en lui laissant la jouissance sans mandat, lui abandonne par cela même les fruits pour supporter les charges du mariage.

L'article 1539 s'applique-t-il à la séparation judiciaire? On l'a contesté, et il y a, en effet, un motif de douter. La séparation conventionnelle ne suppose aucun désordre, aucun déréglement; elle donne une grande indépendance à la femme, sans que l'on puisse rien reprocher au mari. Rien n'empêche donc que, de fait, la femme, sans renoncer à son indépendance, laisse son mari jouir de ses biens. Il en est tout autrement en cas de séparation judiciaire ; elle accuse un désordre quelconque : est-ce le cas, après avoir demandé la séparation de biens pour mettre la dot et les reprises à l'abri du péril qui les menace, de laisser au mari une jouissance et une administration dont il a si mal usé? Et pourquoi, dit-on, faire exception, en sa faveur, à la règle qui oblige tout mandataire à rendre

compte (1)? Ici il y a erreur. L'article 1539 ne suppose aucun mandat. Et comme la séparation judiciaire peut avoir lieu sans qu'il y ait mauvaise gestion, ni inconduite, on ne voit pas pourquoi la femme séparée judiciairement ne pourrait pas abandonner la jouissance de ses biens à son mari ; après tout, elle jouit de ses revenus comme elle veut, elle a donc le droit de les laisser à son mari. La cour de Bordeaux a jugé en ce sens. Elle dit très-bien qu'en droit il n'y a pas de différence entre la séparation judiciaire et la séparation contractuelle ; et, en fait, c'est à la femme de voir ce qu'elle a à faire ; enfin, au point de vue de l'équité, ce serait une obligation très-onéreuse que d'exiger du mari la restitution des fruits consommés, alors qu'il a dû croire que la femme lui abandonnait les revenus pour l'aider à supporter les charges du mariage (2).

289. L'hypothèse d'un mandat est prévue par l'article 1577, qui porte : « Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire. » Cette disposition, quoique placée sous la rubrique du régime dotal, reçoit son application à la séparation de biens, soit judiciaire, soit conventionnelle, parce qu'elle ne fait qu'appliquer le droit commun. D'ailleurs le régime des biens paraphernaux est, en réalité, le régime de séparation ; aussi l'article 1578 répète, pour les biens paraphernaux, ce que l'article 1539 avait dit des biens personnels de la femme sous le régime de la séparation conventionnelle. Le droit commun est toujours applicable, sauf dérogation. Quand le mari est mandataire, il doit compte des fruits, sans distinction entre les fruits consommés et les fruits encore existants. Toutefois la femme devant contribuer aux dépenses du ménage proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, celui-ci peut porter en compte la part contributoire de la femme ; elle sera déduite de la recette comme dépense à charge de la femme.

(1) Odier, t. I, p. 373, n° 399. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 405, note 69, § 516.
(2) Bordeaux, 26 janv. 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1923).

290. L'article 1579 prévoit encore une hypothèse qui n'est qu'une rare exception, puisqu'elle implique une violation de la loi. On suppose que le mari jouit des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme; la loi décide qu'il sera comptable de tous les fruits, tant existants que consommés. C'est assimiler le mari usurpateur au mari mandataire; si la loi dit que le mari doit compte des fruits consommés, c'est par opposition avec l'hypothèse de l'article précédent, où il est question de la jouissance que la femme laisse de fait au mari. Il ne faudrait pas en induire que le mari qui jouit malgré la femme n'a pas d'autres obligations que celles que lui impose l'article 1579; il commet une voie de fait, il est responsable du dommage qui en résulte pour la femme; celle-ci peut donc réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu, outre la restitution des fruits. Est-ce à dire que le mari, même usurpateur, ne puisse porter en compte la part contributoire de la femme dans les dépenses du ménage? Il est certain qu'il a ce droit, car la femme n'est pas dispensée de remplir ses obligations, quand même le mari viole la loi en s'emparant de l'administration et de la jouissance, au mépris des droits de la femme (1).

291. Que le mari jouisse de fait ou en vertu d'un mandat, la femme peut toujours reprendre l'administration et la jouissance de ses biens; le fait ne donne aucun droit au mari, et le mandat est révocable de son essence. Quand même la femme aurait déclaré abandonner à son mari l'administration et la jouissance, sans limitation de temps, ou pour toute la durée de sa vie, elle ne serait pas obligée par là; ce serait rétablir indirectement la communauté; or, la séparation de biens ne peut cesser légalement que sous les conditions déterminées par la loi. La cour de Bordeaux l'a jugé ainsi dans une espèce où la femme avait abandonné à son mari, pour tenir lieu de sa contribution aux frais du ménage, l'administration et la jouissance, durant le mariage, d'un domaine dont elle avait la propriété. La femme demanda la nullité de cette convention

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 405 et 406, § 516 (4e édit.).

en vertu de l'article 1451, qui prescrit les conditions et les formes d'après lesquelles il est permis aux époux de faire cesser les effets de leur séparation. La nullité a été prononcée; en effet, la femme ne peut pas se dépouiller de l'administration de tout ou partie de ses biens. Ce serait détruire ou modifier le jugement qui a prononcé la séparation, et cela ne peut se faire que par le rétablissement de la communauté, conformément à l'article 1451 (1).

II. *Quels actes la femme peut faire.*

1. ACTES D'ADMINISTRATION.

292. La loi ne parle pas de la jouissance de la femme. Au chapitre de la *Séparation contractuelle,* il est dit que la femme séparée conserve la *jouissance libre* de ses revenus. Il en est de même de la femme séparée judiciairement. Elle est propriétaire, et la propriété donne le droit de jouir de la manière la plus absolue (art. 544). Il est vrai que la femme compte parmi les incapables, mais son incapacité ne consiste que dans la nécessité de l'autorisation du mari ou de justice pour les actes juridiques qu'elle est dans le cas de passer. La femme séparée est affranchie de cette nécessité pour les actes d'administration, et quant à sa jouissance, elle est également libre, en ce sens qu'elle peut disposer de ses revenus comme elle l'entend, sauf quand elle le fait par un acte pour lequel elle a besoin d'être autorisée : telle serait une donation, comme nous le dirons plus loin.

293. La femme a la libre administration de ses biens. Elle peut donc faire sans autorisation tous les actes qui concernent l'administration. Quels sont ces actes? Puisque la femme n'a que la libre administration de ses biens et non la libre disposition, il faut dire qu'elle ne peut faire sans autorisation que les actes qu'un administrateur a le droit de faire. Toutefois le principe, ainsi formulé, est trop restrictif. Il y a une différence radicale entre l'admi-

(1) Bordeaux, 25 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).

nistrateur ordinaire et la femme séparée de biens; le premier administre des biens qui ne lui appartiennent point, tandis que la femme est propriétaire des biens qu'elle administre. On comprend donc que la femme ait des pouvoirs plus étendus que ceux d'un simple administrateur; il serait peu logique de raisonner par analogie de la femme à un administrateur ordinaire. Mais peut-on du moins appliquer à la femme les principes qui régissent l'administrateur de biens d'autrui? Oui, sauf à tenir compte des droits plus étendus que la loi accorde à la femme.

Il y a un administrateur dont la situation, en apparence, est identique avec celle de la femme; c'est le mineur émancipé qui administre aussi ses propres biens. En faut-il conclure qu'il y a analogie complète entre la femme séparée et le mineur émancipé? On l'a dit (1); à notre avis, c'est une erreur. Le texte même du code établit une différence. Aux termes de l'article 484, le mineur émancipé ne peut faire seul que des actes de *pure* administration; le mineur a donc moins de pouvoir qu'un administrateur ordinaire; cela se comprend, le mineur émancipé étant incapable à raison de son âge et de son inexpérience. L'article 1449 ne s'exprime pas dans ces termes restrictifs en parlant de la femme séparée; il dit qu'elle administre librement ses biens. Vainement dit-on qu'elle est incapable, son incapacité est tout autre que celle du mineur. Nous la supposons majeure, donc capable, d'après les lois de la nature; si elle est frappée d'incapacité, c'est uniquement à raison de son mariage et de la puissance maritale à laquelle elle est soumise. Or, la loi l'affranchit précisément de cette puissance, au moins en partie. Il faut donc voir jusqu'où la loi a voulu étendre la liberté de la femme. C'est une question tout autre que celle qui concerne la capacité du mineur émancipé. En définitive, la situation de la femme séparée est toute spéciale; on ne peut recourir à l'argumentation analogique qu'avec une grande circonspection.

(1) Battur, *De la communauté*, t. II, p. 190, nº 514, et p. 336, nº 651.

294. Le bail est-il un acte d'administration? Oui, quand il ne dépasse pas neuf ans; s'il dépasse cette limite, la loi le considère comme un acte de disposition. Telle est la théorie du code; nous l'avons exposée en traitant de l'administration des biens de la femme que la loi confie au mari (n° 134). Faut-il appliquer cette distinction à la femme séparée de biens? Il y a un motif de douter, c'est que la femme est propriétaire. Oui, mais propriétaire incapable quand il s'agit de ses immeubles; elle ne peut les aliéner, dit l'article 1449, sans le consentement du mari ou, sans être autorisée par justice, à son refus. Cela décide la question; la femme ne peut donc donner ses immeubles à bail que pour un terme de neuf ans, et elle ne peut renouveler le bail qu'aux époques déterminées par la loi. C'est l'opinion unanime des auteurs (1).

Le bail qui dépasse neuf ans est-il nul? Il est nul comme acte de disposition, il est valable comme acte d'administration. C'est la décision du code, en ce qui concerne les baux faits par le mari administrateur, le tuteur et le mineur émancipé; il y a même motif de décider pour les baux consentis par la femme. Si donc elle a fait sans autorisation un bail qui excède neuf ans, elle n'est liée que pour une période de neuf ans. Qui peut se prévaloir de la nullité du bail considéré comme acte de disposition et en demander la réduction? Il faut appliquer les principes qui régissent l'incapacité de la femme mariée; car c'est parce que le bail est consenti par une femme mariée qu'il ne peut valoir comme acte de disposition. Or, d'après l'article 225, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. Le preneur ne peut pas s'en prévaloir, la nullité n'étant pas établie en sa faveur (2).

Si le bail est fait pour neuf ans, personne n'a le droit de l'attaquer, puisque l'acte est fait par la femme dans

(1) Voyez les autorités dans Rodière et Pont, t. III, p. 657, n° 2189, note 2.
(2) Paris, 24 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 5, 350)

les limites de sa capacité. On a prétendu que le mari pouvait attaquer le bail pour vileté du prix en vertu de l'article 1448 qui oblige la femme à contribuer aux frais du ménage; on en concluait que le mari exerçait un contrôle sur l'administration de la femme et que, par suite, il avait le droit de provoquer l'annulation des actes qui lui portaient préjudice. C'est une de ces prétentions qui faussent la loi sur laquelle elles s'appuient. En déclarant *libre*, l'administration de la femme, la loi l'affranchit de toute intervention du mari; de quel droit viendrait-il attaquer un acte que la femme séparée est autorisée à faire? L'article 1448 ne donne au mari qu'un droit, celui d'exiger la contribution de la femme. Pour que le mari eût le droit d'agir, il faudrait qu'il fût créancier, et que l'acte fût fait en fraude de ses droits. Il est créancier en vertu de l'article 1448; si le bail ou tout autre acte de la femme est fait en fraude du mari, celui-ci peut l'attaquer par l'action paulienne; mais pour agir en vertu de l'article 1167, il ne suffit pas que l'acte porte préjudice au mari, il faut qu'il soit frauduleux et c'est le mari qui doit prouver la fraude (1).

295. La femme peut-elle recevoir et donner décharge d'un capital mobilier? A notre avis, oui; parce que c'est un acte d'administration. D'après le code civil, le tuteur peut recevoir les capitaux du mineur, même sans le concours du subrogé tuteur; si notre loi hypothécaire a modifié ce principe, ce n'est pas qu'elle entende changer la nature de l'acte, c'est uniquement pour donner des garanties au mineur contre le tuteur dont les biens seraient insuffisants pour assurer les droits de son pupille. Il est vrai que l'article 484 défend au mineur émancipé de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge sans l'assistance du curateur. Mais cette disposition est spéciale au mineur, et le texte même du code en donne la raison : le curateur est chargé de surveiller l'emploi du capital reçu. C'est parce que la loi se défie de la légèreté et de l'imprévoyance du mineur qu'elle fait intervenir le

(1) Douai, 24 juillet 1865 (Dalloz, 1866, 2, 29).

curateur. Ce motif est étranger à la femme, que nous supposons majeure. Elle reste donc dans le droit commun ; la loi lui permet de disposer de ses créances, à plus forte raison doit-elle avoir le droit de les toucher. C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Battur, dont nous ne tenons aucun compte, parce qu'il repose sur une assimilation erronée du mineur émancipé et de la femme séparée (1).

296. La femme séparée de biens peut-elle consentir mainlevée de l'inscription hypothécaire? Si elle donne mainlevée après avoir touché la créance, il est certain qu'elle peut donner mainlevée de l'inscription, et nous ne comprenons pas qu'un conservateur des hypothèques ait refusé de radier l'inscription sur le consentement de la femme. En effet, le payement éteint la dette et, par suite, l'hypothèque; la radiation en est la conséquence forcée; tout administrateur a le droit de la consentir, à plus forte raison la femme (2). Autre est la question de savoir si la femme a qualité pour donner mainlevée de l'inscription, sans que la dette soit éteinte. Il est de principe, comme nous le dirons en expliquant la loi hypothécaire, que pour consentir à la radiation de l'inscription, alors que la dette subsiste, il faut avoir la capacité d'aliéner. Or, la femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner à titre onéreux; elle peut donc, à ce titre, donner mainlevée de l'inscription.

297. La femme séparée de biens peut-elle faire des acquisitions mobilières ou immobilières? Il faut distinguer : acheter pour faire emploi de ses revenus ou pour placer un capital mobilier qui est remboursé est un acte d'administration que les administrateurs de biens d'autrui peuvent faire ; c'est le plus sûr des placements ; à ce titre, les lois elles-mêmes l'ordonnent ; nous renvoyons à ce qui a été dit sur la tutelle et sur la substitution fidéicommissaire

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 403, note 55, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 253, n° 101 *bis* II. En sens contraire, Battur, t. II, p. 336, n° 651, et p. 190, n° 514.

(2) Liége, 11 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 353). Colmet de Santerre, t. VI, p. 253, n° 101 *bis* II.

permise. Mais la question change de face si pour acheter la femme doit emprunter. Que de propriétaires se sont ruinés en empruntant, fût-ce au taux légal, des sommes importantes pour acheter des immeubles qui ne leur rapportaient pas deux pour cent! Emprunter pour spéculer est un acte ruineux; nous y reviendrons plus loin; il est certain que la femme séparée de biens n'a pas ce droit, ce serait lui donner le droit de se ruiner (1).

298. Il y a un autre placement qui a donné lieu à quelque doute : la femme peut-elle placer ses capitaux en rente viagère? Si elle n'avait que des pouvoirs de simple administration, la décision serait douteuse; le placement, avantageux pour elle, peut être ruineux pour ses enfants, et parfois elle-même fait une très-mauvaise spéculation; on pourrait dire que l'administrateur n'a pas le droit de spéculer, et tout contrat aléatoire est une espèce de jeu où l'on peut gagner et où l'on peut perdre. Mais la femme séparée a une capacité qui dépasse celle de l'administrateur; la loi lui permet d'aliéner son mobilier et d'en disposer; or, placer ses capitaux en rente viagère, c'est faire un acte d'aliénation; donc la femme en a le droit. C'est la doctrine de la plupart des auteurs, et la jurisprudence est dans le même sens (2).

299. La femme séparée de biens a un patrimoine distinct de celui de son mari; il n'y a plus d'intérêts communs entre eux. Quand sous le régime de la communauté la femme achète, le bien devient un conquêt. Si la femme séparée achète, le bien est un propre à elle, car elle devient propriétaire, et tout ce qu'elle possède lui est propre. Le principe est incontestable; toutefois l'application a soulevé des contestations.

Un premier point est certain, c'est que la femme qui achète est débitrice; elle seule parle au contrat, son mari n'y figure même pas pour l'autoriser, et quand il l'auto-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 404, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 254, n° 101 *bis* II.

(2) Troplong, t. I, p. 413, n° 1422. Aubry et Rau, t. VI, p. 404, note 59, § 516. Paris, 17 mai 1834 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1983). Jugement du tribunal de la Seine, 3 février 1869 (Dalloz, 1871, 3, 109).

riserait, on lui appliquerait le principe : Qui autorise ne s'oblige point. Il est arrivé que le mari a acheté pour le compte de la femme, par conséquent, comme mandataire; c'est toujours la femme qui achète, par conséquent, qui est débitrice, comme c'est elle qui est propriétaire. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

Nous disons que la femme est propriétaire. Il a cependant été jugé que si un immeuble est acquis par la femme ou en son nom avec déclaration que le prix est payé de ses deniers, les créanciers peuvent attaquer la déclaration comme frauduleuse et, par suite, saisir l'immeuble comme appartenant au mari (2). La décision nous paraît douteuse. Les créanciers peuvent attaquer tout acte de leur débiteur qui est fait en fraude de leurs droits. Dans l'espèce, l'acquisition était faite par la femme; le mari, il est vrai, avait fourni les deniers, mais ce n'est pas celui qui fournit les deniers qui devient propriétaire, c'est celui qui figure au contrat comme acheteur. N'en faut-il pas conclure que la femme était devenue propriétaire et que le seul droit des créanciers consistait à lui demander le remboursement de la somme que le mari lui avait fournie pour faire l'acquisition? Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où le mari ferait une acquisition pour son compte, mais sous le nom de sa femme, afin de frauder les créanciers; dans ce cas, il est certain que le mari devient propriétaire et ses créanciers peuvent attaquer l'acte où la femme figure comme prête-nom de leur débiteur. Telle n'était pas l'espèce jugée par la cour de cassation. Ce qu'il y avait de frauduleux, ce n'était pas l'acquisition; l'achat pour le compte de la femme était sérieux, donc il devait être maintenu.

300. Pour le mobilier, il se présente d'autres difficultés. La femme séparée de biens prend la moitié de la communauté; elle accepte et le mari lui cède sa part pour la remplir de ses reprises. En résulte-t-il que la femme sera

(1) Rejet, chambre civile, 20 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 178).
(2) Rejet, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 401).

présumée propriétaire de tout le mobilier qui se trouve dans le domicile conjugal? La cour de Besançon a très-bien jugé qu'il n'y avait pas de présomption dans l'espèce. Le mari peut acquérir des effets mobiliers après la séparation de biens; comme la vie commune continue, le mobilier des deux époux sera confondu, ce qui n'empêche pas que chacun soit propriétaire des effets qu'il a acquis. C'est dire que l'on reste sous l'empire du droit commun (1).

Les tribunaux aiment à décider d'après les présomptions résultant des circonstances de la cause; c'est leur droit en supposant que la preuve par simples présomptions soit admissible, et elle ne l'est que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Il ne faut jamais perdre de vue cette disposition de l'article 1353 que l'on oublie trop souvent dans la pratique, comme si les présomptions de l'homme étaient une preuve de droit commun. La femme séparée peut faire un commerce distinct de celui de son mari; par suite, elle devient propriétaire du mobilier acquis avec les bénéfices de son commerce et par ses économies. Cela est incontestable. En faut-il induire, comme l'a fait la cour de Caen, qu'il y a présomption que les meubles trouvés en sa possession sont sa propriété et que, par suite, ils ne peuvent être saisis par les créanciers du mari (2)? Comme il s'agit d'une présomption de fait, elle est par cela seul abandonnée à l'appréciation du juge, sauf à voir si le juge a le droit d'invoquer des présomptions; sur ce point, nous renvoyons au titre des *Obligations*.

Après un jugement qui prononçait la séparation de biens, la femme se retira sur sa propriété pour l'exploiter. Le mari l'y suivit et l'aida dans son exploitation. A qui appartenaient le mobilier de la ferme, les chevaux, les voitures servant à la culture des terres? Les créanciers prétendirent que les voitures étaient la propriété du mari, parce que les plaques portaient son nom. Leur prétention fut rejetée par la cour de Caen qui se fonda sur les cir-

(1) Besançon, 22 décembre 1854 (Dalloz, 1854, 2, 233).
(2) Caen, 4 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 4, 470, n° 3).

constances de la cause (1). La question est toujours la même : les circonstances de la cause sont des présomptions dites de l'homme; le juge peut s'en prévaloir, mais à une condition, c'est que la preuve testimoniale soit admissible.

III. *La femme séparée de biens peut-elle aliéner son mobilier?*

301. L'article 1449 dit que la femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Ce droit de disposition est-il absolu? ou n'appartient-il à la femme que dans les limites de son pouvoir d'administration? Cette question est très-controversée. Il nous semble que le texte la décide; nous venons de transcrire les termes de la loi; on dirait que le législateur a prévu les contestations auxquelles donnerait lieu le droit de disposition de la femme et qu'il a voulu les décider d'avance; il ne se borne pas à dire que la femme peut aliéner son mobilier, il ajoute qu'elle en peut disposer, accumulant ainsi deux expressions pour marquer le plein pouvoir de la femme. Il n'y a pas un mot dans la loi qui restreigne ce pouvoir absolu.

On prétend que la restriction résulte de la combinaison des articles 217 et 1449. L'article 217 porte que la femme, même non commune ou *séparée de biens*, ne peut donner, *aliéner*, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans l'autorisation de son mari. Voilà une incapacité absolue d'*aliéner :* peut-on admettre que le législateur, après avoir dit que *la femme séparée ne peut aliéner*, dise tout le contraire dans l'article 1449, en permettant à la femme d'aliéner son mobilier et d'en disposer sans distinction aucune? Il faut concilier, dit-on, les deux dispositions, et l'article 1449 nous dit comment la conciliation peut se faire. Le premier alinéa pose le principe; la femme reprend la libre administration de ses biens; elle ne peut donc faire que des actes d'administration. Voilà sa capacité; ce que la loi ajoute doit se rapporter à cette règle fondamentale; elle permet à la femme

(1) Caen, 15 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 181).

séparée de disposer de son mobilier, mais sous la condition que l'aliénation concerne l'administration, c'est-à-dire qu'elle soit un acte d'administration. Tel est l'argument que la jurisprudence invoque en lui donnant une forme juridique qui semble décisive : l'article 217 établit comme règle l'incapacité d'aliéner, l'article 1449 consacre une exception; l'exception ne saurait détruire la règle; elle la modifie seulement, donc il faut restreindre le droit d'aliéner dans les limites du pouvoir d'administration. Nous croyons que la distinction que l'on propose n'est pas celle que le législateur a entendu faire. Sans doute, la disposition de l'article 217 est trop absolue en ce qui concerne la femme séparée de biens; elle est trop absolue, non-seulement dans ce qu'elle dit du droit d'*aliéner*, elle est encore trop absolue en ce qui concerne le droit d'*acquérir à titre onéreux*. Il y a donc une restriction à apporter à l'article 217 ou une exception à faire. Sur quoi porte l'exception? L'article 1449 l'indique très-clairement. Il contient deux principes : l'un pour le droit d'administration, l'autre pour le droit de disposition. Quant au pouvoir d'administrer, la femme le possède dans toute sa plénitude; elle administre librement, c'est déjà une dérogation à l'article 217 qui défend à la femme d'acquérir à titre onéreux, tandis que l'article 1449 lui donne ce droit en lui accordant la libre administration. La seconde règle que contient l'article 1449 est relative au droit de disposition. Ici la loi distingue : elle permet à la femme d'aliéner son mobilier sans autorisation, mais elle maintient la nécessité de l'autorisation pour l'aliénation des immeubles. Voilà la distinction ou l'exception qui concilie l'article 1449 avec l'article 217. La loi applique la règle de l'article 217 à l'aliénation des immeubles, elle y déroge quant à l'aliénation du mobilier.

Le lien que l'on prétend établir entre le deuxième alinéa de l'article 1449 et le premier est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. Il s'agit de deux ordres d'idées tout à fait différents : le premier alinéa traite du droit d'administration, le second du droit de disposition, ainsi que le troisième. Le droit d'administrer

n'est soumis à aucune restriction, il est *libre*. Le droit de disposition, au contraire, n'est pas libre ; il ne l'est que pour le mobilier, il ne l'est pas pour les immeubles. Pour le mobilier, la liberté d'en disposer est exprimée en termes aussi absolus que l'est le pouvoir d'administrer. Rien dans le texte ne marque que la femme n'a le droit d'aliéner que dans les limites de son pouvoir d'administration. Et l'esprit de la loi ne permet pas non plus d'admettre cette restriction. Le droit d'aliéner intéresse les tiers autant que la femme ; pour que la femme puisse vendre, il faut qu'elle trouve des acheteurs ; or, ce que les acheteurs demandent avant tout, c'est une entière sécurité ; ils n'achetèront pas si la femme ou si les créanciers peuvent prétendre que la vente est nulle, parce qu'elle n'est point faite pour les besoins de l'administration de la femme. Et comment veut-on que les tiers sachent si la femme vend son mobilier pour les besoins de son administration ou non ? Dans l'incertitude où ils seront sur le sort de leur acquisition, ils n'achèteront pas, et le droit d'aliéner, que la loi consacre en termes si absolus, deviendra une lettre morte ; disons mieux, on l'efface du code. En veut-on la preuve ? La jurisprudence admet que l'aliénation est valable ou nulle, selon qu'elle est faite ou non pour les besoins de l'administration. Qui sera juge de cette condition ? On lit dans un arrêt de la cour de Nancy : « Il appartient aux tribunaux d'apprécier si l'aliénation consentie par la femme rentre ou non dans les limites du droit d'administration (1). » C'est dire qu'il dépend du pouvoir arbitraire du juge de maintenir l'aliénation ou de l'annuler. Est-ce là ce que dit l'article 1449 ?

302. Presque tous les auteurs se sont prononcés pour l'opinion que nous venons de soutenir (2). La jurisprudence paraît contraire. On lit dans plus d'un arrêt de la cour de cassation que l'article 1449 déroge à l'article 217 ; or, toute exception doit être entendue dans un sens restrictif ; la cour en conclut que la faculté accordée à la

(1) Nancy, 24 juin 1854 (Dalloz, 1855, 5, 407).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 403, note 56, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 254, n° 201 *bis* III.

femme séparée de biens de disposer de son mobilier et de l'aliéner doit être restreinte aux actes qui ont pour cause l'administration de ses biens (1). En apparence, l'arrêt tranche la question. En réalité, les décisions de la cour ne vont pas aussi loin que les considérants. La question qui lui était soumise n'était pas de savoir si l'aliénation directe du mobilier de la femme est valable sans autorisation maritale : la question, posée en ces termes, n'a jamais été jugée par la cour; il s'est toujours agi de savoir si la femme peut disposer indirectement de son mobilier en s'obligeant. La cour de cassation décide qu'elle n'a le droit de s'obliger que pour les besoins de son administration, ce qui est très-juste, comme nous le dirons plus loin. Mais la cour a tort d'appliquer au droit d'aliéner ce qui est vrai du droit de s'obliger. C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts; nous reviendrons sur ce point qui est très-important. Les cours d'appel jugent dans le même sens; la cour de Paris est si convaincue de la vérité de cette doctrine qu'elle la qualifie d'évidente (2). Il s'agissait aussi, dans l'espèce, d'une obligation contractée par une femme séparée de biens; de sorte que l'opinion que la cour trouve évidente repose sur la confusion d'idées que nous venons de signaler. On pourrait dire aussi que cette confusion est une erreur évidente. Nous ne le dirons pas; contentons-nous d'établir les vrais principes; nous nous trompons tous; évitons donc de trouver évident tout ce que nous croyons et de traiter d'erreur ce que pensent nos adversaires.

Il y a sur notre question un jugement du tribunal de la Seine conforme à notre opinion, et mieux motivé que ne le sont tous les arrêts de la cour de cassation rendus en cette matière. Le tribunal signale la confusion entre le droit d'aliéner et le droit de s'obliger que nous avons rencontrée dans la jurisprudence, et il établit nettement la distinction qui résulte du texte comme de l'esprit de l'article 1449. On a fait une objection qui s'adresse au législ-

(1) Cassation, 5 mai 1829, 7 décembre 1830 et 3 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1971).
(2) Paris, 27 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 2, 210).

lateur. Les valeurs mobilières vont tous les jours en s'accroissant ; un grand nombre de fortunes sont exclusivement mobilières. N'est-il pas dangereux de permettre à la femme d'aliéner sans autorisation tout son mobilier? Cela est tout aussi dangereux que de lui permettre de s'obliger. Et quelle contradiction, en fait! On défend à la femme d'aliéner sans autorisation un lambeau de terre qui ne vaut pas cent francs, et on lui permet d'aliéner des valeurs qui montent à des centaines de mille francs! Le tribunal répond que si, eu égard à la transformation qui s'opère dans la nature des fortunes, il y a danger à laisser à la femme une entière liberté de disposer de son mobilier, c'est au législateur d'y pourvoir. Quant au juge, son droit consiste uniquement à interpréter la loi. Or, la loi doit être interprétée d'après la tradition et l'état social de l'époque à laquelle la tradition s'est formée. Quant à notre état social, il n'appartient pas au juge d'en tenir compte, c'est au législateur de modifier les lois quand la société change (1).

303. Qu'entend-on dans l'article 1449 par le mot *mobilier?* Le tribunal de la Seine, dans le jugement que nous venons de mentionner, décide que cette expression a le sens que lui donne l'article 535; c'est-à-dire qu'elle comprend non-seulement les meubles corporels, mais aussi les créances, obligations, actions, rentes sur l'État. Cela n'est guère douteux. Car l'article 1449 ne parle pas uniquement du mobilier, il parle aussi des immeubles; donc il embrasse tous les biens de la femme; la nécessité de l'autorisation n'est maintenue que pour l'aliénation des immeubles; la femme en est affranchie quant à l'aliénation du mobilier, donc elle peut aliéner librement tout ce qui n'est pas immeuble.

304. La femme peut-elle convertir en titres au porteur les titres nominatifs des actions industrielles ou commerciales? Ce qui rend la question douteuse, c'est que les lois ne permettent pas cette conversion aux personnes incapables. Et l'on a prétendu, devant la cour de cassation,

(1) Jugement du 9 juillet 1872 (Dalloz, 1872, 3, 96).

que la femme séparée de biens devait être rangée parmi les incapables. Cela dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 1449. Dans notre opinion, la femme peut aliéner ses actions, à plus forte raison peut-elle transformer des titres nominatifs en titres au porteur, ce qui n'est pas une aliénation; mais la transformation facilite l'aliénation, ce qui la rend très-dangereuse pour la femme séparée de biens, puisqu'on lui procure le moyen de se ruiner. L'objection, encore une fois, s'adresse au législateur. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens (1).

305. La femme peut-elle partager des successions mobilières? Si l'on admettait que la femme n'a qu'un pouvoir d'administration, la question serait très-douteuse; car le droit d'administrer ne donne pas le droit de partager. La loi exige une capacité spéciale pour procéder à un partage : c'est moins que la capacité du propriétaire, c'est plus que celle de l'administrateur. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. La femme ayant capacité d'aliéner ses droits mobiliers, la décision n'est pas douteuse (2).

306. L'article 2045 porte que pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Si donc la transaction concerne des droits mobiliers, la femme séparée de biens peut la consentir, puisque la loi lui accorde le droit de disposer de ses effets mobiliers et de les aliéner. Sous ce rapport, la capacité de la femme séparée diffère grandement de la capacité d'un administrateur; le tuteur ne peut transiger que sous des conditions très-rigoureuses; tandis que la femme le peut, même sans autorisation, quand il s'agit de ses droits mobiliers. C'est que la femme est plus qu'un simple administrateur, elle est propriétaire, et propriétaire capable d'aliéner ses droits mobiliers; tandis que l'administrateur ne peut pas aliéner, au moins dans notre opinion (3).

(1) Paris, 12 juillet 1869, et Rejet, 8 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 29, et 1870, 1, 336). Comparez les lois citées en note (Dalloz, 1870, 1, 336).

(2) Bellot, t. II, p. 155. Comparez Troplong, t. I, p. 413, n° 1421, qui donne une mauvaise raison. Qu'importe que le partage ne soit pas une aliénation? Cela prouve-t-il que c'est un acte d'administration?

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 404, note 57, § 516 (4e éd.).

307. La femme peut-elle disposer de son mobilier à titre gratuit? On pourrait le croire d'après les termes de l'article 1449, mais il faut combiner cette disposition avec celles des articles 217 et 905. L'article 217 dit que la femme séparée de biens ne peut *donner, aliéner* sans autorisation; il distingue donc la *donation* de l'*aliénation* à titre onéreux. Or, l'article 1449 ne déroge à l'article 217 que pour ce qui regarde le droit d'*aliéner*, il ne parle pas du droit de *donner*; donc l'incapacité de donner subsiste. L'article 905 confirme cette interprétation. Il établit, en termes absolus, l'incapacité de donner qui est prononcée par l'article 217 ; pourquoi le législateur reproduit-il une prohibition qu'il avait déjà consacrée? C'est qu'il y a un motif spécial de déclarer la femme incapable de donner, quelles que soient les conventions matrimoniales des époux ; les bonnes mœurs exigent que le mari intervienne pour autoriser les libéralités que la femme veut faire. Ce motif domine toute autre considération. Voilà pourquoi l'article 905 ne distingue pas sous quel régime la femme est mariée; l'intérêt moral sur lequel l'incapacité est fondée exclut toute distinction (1).

Il va sans dire que la femme ne peut pas faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement. Nous citerons un cas qui s'est présenté devant la cour de Paris; c'est un trait de mœurs. Pendant la maladie de son mari, une femme va consulter un *magnétiseur*. Celui-ci signa un billet par lequel il reconnaissait avoir reçu, pour sa vie durant, une somme de 16,000 francs, laquelle ne devait être remboursée qu'après sa mort ; or, le prétendu débiteur était de beaucoup plus jeune que la dame, et il était dispensé des intérêts pendant sa vie. Il a été jugé que ce prêt déguisait une libéralité, laquelle était nulle, puisque la femme séparée n'a point le droit de faire des libéralités sans autorisation maritale (2).

(1) C'est l'opinion unanime des auteurs. Aubry et Rau, t. V, p. 409, note 79, § 516. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 256, n° 101 *bis* IV.

(2) Paris, 29 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 2, 224).

IV. *La femme séparée de biens peut-elle s'obliger?*

1. PEUT-ELLE S'OBLIGER POUR L'ADMINISTRATION DE SES BIENS?

308. L'article 217, qui établit le principe de l'incapacité de la femme mariée, énumère les actes pour lesquels elle doit être autorisée du mari; il ne parle pas du droit de contracter ou de s'obliger. Mais l'incapacité de s'obliger résulte des articles qui suivent. Il n'y a aucun doute sur ce point; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Mariage* (t. III, n° 97). La règle étant que la femme est incapable de s'obliger, il nous faut voir si la loi fait une exception pour la femme séparée de biens. Or, l'article 1449 se borne à dire que la femme séparée administre librement ses biens, puis qu'elle peut disposer de ses biens mobiliers et les aliéner. Résulte-t-il de là une capacité relative ou générale de s'obliger?

En disant que la femme séparée de biens peut faire les actes d'administration sans autorisation, la loi décide implicitement qu'elle peut s'obliger quand elle administre. En effet, il est impossible d'administrer sans s'obliger. La femme donne un de ses biens à bail, elle contracte des obligations comme bailleur : le même fait juridique est tout ensemble un acte d'administration et une obligation, l'acte d'administration ne peut être valable sans que l'obligation le soit. La loi consacre ce principe en ce qui concerne le mineur émancipé. Il peut demander la *réduction* des engagements qu'il contracte, par voie d'achat ou autrement, lorsqu'ils sont excessifs (art. 484); ce qui suppose que l'engagement est valable, parce qu'il est contracté pour un acte d'administration, car acheter, c'est administrer. Si le mineur émancipé peut s'obliger pour les besoins de son administration, à plus forte raison la femme séparée de biens a-t-elle ce droit, car ses pouvoirs sont plus étendus que ceux du mineur (n° 293).

309. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Ne faut-il pas aller plus loin et dire que la femme peut s'obliger, alors même qu'il ne s'agit pas d'un acte

d'administration, en ce sens du moins qu'en contractant elle oblige son mobilier? On invoque l'article 1449 à l'appui de cette opinion. La loi donne à la femme le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner, tandis qu'elle lui défend d'aliéner ses immeubles sans autorisation. Si la femme peut aliéner son mobilier directement, pourquoi ne pourrait-elle pas le faire indirectement en s'obligeant et en donnant aux créanciers le droit de saisir ses meubles? L'obligation sera donc valable, seulement elle donnera au créancier une garantie incomplète; il aura pour gage le mobilier de la femme, dont celle-ci pouvait disposer; il n'aura pas pour gage ses immeubles, parce que la femme n'en peut pas disposer.

La cour de cassation s'est d'abord prononcée en faveur de cette opinion. Un arrêt de rejet dit que la femme séparée étant autorisée à disposer de son mobilier et à l'aliéner, elle peut, par une conséquence naturelle, s'obliger jusqu'à concurrence dudit mobilier. La cour de Rouen avait jugé en sens contraire; le cas était on ne peut pas plus défavorable : il est dit, dans l'arrêt, que la femme s'était obligée en dehors des besoins de son administration, qu'elle avait compromis ses moyens d'existence et ceux de sa fille. Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé. Aucune considération, dit l'arrêt, ne peut l'emporter sur la loi. Dire que la femme ne peut s'obliger alors que la loi déclare qu'elle peut aliéner son mobilier, c'est restreindre la loi; c'est donc la violer et commettre un excès de pouvoir, car le juge, en restreignant la loi, y déroge, il se fait législateur (1).

310. La cour de cassation se trompait. Elle a reconnu son erreur en changeant de jurisprudence. Mais une fois que l'on est engagé dans une fausse voie, il est difficile d'en sortir : la nouvelle jurisprudence de la cour suprême est également sujette à critique. Elle a commencé par confondre le droit d'aliénation avec le droit qu'a le débiteur de s'obliger en donnant pour gage au créancier les biens

(1) Rejet, 16 mars 1813; Cassation, 18 mai 1819 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1970).

qu'il peut aliéner; et cette même confusion se trouve dans la dernière doctrine de la cour suprême. Il importe donc d'établir nettement la distinction que la cour de cassation méconnaît. Rien, au premier abord, ne paraît plus naturel et plus logique que le raisonnement qui a égaré la cour. La femme séparée de biens peut disposer directement de son mobilier : pourquoi ne pourrait-elle pas en disposer indirectement? Elle pourrait vendre ses effets mobiliers à son créancier; conçoit-on qu'elle ne puisse lui donner le droit de les faire vendre? En réalité, la différence est grande entre ces deux faits juridiques, aliéner et s'obliger. Celui qui aliène se dépouille immédiatement; il ne le fera qu'en cas de nécessité actuelle, ou s'il y trouve un avantage certain. La situation de celui qui s'oblige est tout autre. La femme emprunte, elle reçoit les deniers; et quoiqu'elle sache qu'elle doit les restituer, elle ne se prive, pour le moment, d'aucun de ses biens, elle ne songe pas même qu'elle engage son mobilier et que le créancier aura le droit de le saisir, parce qu'elle espère rembourser ce qu'elle a emprunté. Cette facilité de s'engager pour l'avenir est un immense danger pour le débiteur imprudent; donc la loi doit l'en empêcher quand il n'est pas pleinement capable. Le droit de s'obliger n'est donc pas une conséquence du droit d'aliéner; la loi peut accorder à la femme le droit d'aliéner et lui défendre de s'obliger à raison de son incapacité; car elle ne doit pas donner à la femme incapable un droit qui lui faciliterait le moyen de se ruiner elle et sa famille. La loi suit ce principe dans tous les cas où il y a incapacité. Le mineur émancipé n'acquiert qu'une demi-capacité; capable de faire les actes de pure administration, il reste incapable quand l'acte dépasse les limites de l'administration; de là la conséquence que le mineur peut s'obliger seulement dans les limites de son pouvoir d'administration. La femme séparée de biens n'a aussi, en principe, que la libre administration de ses biens; donc elle ne peut s'obliger que dans cette limite; hors de là elle reste incapable. De ce que la loi lui permet d'aliéner son mobilier, on ne peut pas conclure qu'elle a le pouvoir illimité de s'obliger, car l'aliénation peut être

nécessaire ou avantageuse, tandis que le droit de s'obliger serait pour elle une cause de ruine (1).

Telle est la théorie de la loi ; elle est certes plus prévoyante pour la femme que la première jurisprudence de la cour de cassation. Toutefois on peut objecter l'intérêt des tiers qui traitent avec la femme. Nous avons reconnu à la femme, avec la plupart des auteurs, le droit illimité d'aliéner son mobilier ; et, à l'appui de cette opinion, nous avons invoqué l'intérêt des tiers, auxquels il serait impossible de savoir si l'aliénation se fait ou non dans l'intérêt de l'administration des biens de la femme. N'en est-il pas de même des tiers envers lesquels la femme s'oblige? L'obligation sera valable si elle concerne l'administration, elle sera nulle si elle est étrangère à l'administration. Si l'on tient compte de l'intérêt des tiers en cas d'aliénation, pourquoi n'en tient-on pas compte quand il s'agit d'obligations? La différence que la loi fait entre ces deux faits juridiques se justifie très-bien. Le nombre d'actes d'administration est très-limité, il est donc facile aux tiers de savoir si la femme qui traite avec eux administre et s'oblige pour son administration ; tandis que l'aliénation du mobilier n'a aucun rapport direct avec l'administration des biens ; il serait donc impossible aux tiers de savoir si la femme qui aliène fait ou ne fait pas un acte d'administration. Ajoutons que la cause des tiers auxquels la femme vend est plus favorable que la cause des tiers envers lesquels la femme s'oblige en dehors de son administration : les tiers acheteurs rendent un service à la femme, les tiers créanciers l'aident à se ruiner (2).

311. La cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence ; six arrêts, dont trois de la chambre civile, ont consacré la doctrine nouvelle (3). Il n'est pas raisonnable

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 661, n° 2193 ; Colmet de Santerre, t. VI, p. 261, 101 *bis* XII.

(2) C'est l'opinion presque générale des auteurs. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 408, note 77, § 516, et dans Rodière et Pont, t. III, p. 661, note 1. Ajoutez Colmet de Santerre, t. VI, p. 257, n°s 101 *bis* VII et VIII.

(3) Rejet, 12 février 1828, 18 mars 1829, 7 décembre 1829 ; Cassation, 5 mai 1829, 7 décembre 1830 et 3 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1971).

de prétendre, dit la cour, qu'en concédant à la femme séparée de biens le pouvoir de disposer de son mobilier et de l'aliéner, l'article 1449 l'autorise à s'obliger indéfiniment pour toutes causes, sauf à n'exécuter l'obligation que sur son mobilier; il s'ensuivrait que, du moment où la séparation serait prononcée, la femme pourrait aliéner son mobilier présent et à venir et opérer sa ruine et celle de ses enfants; ce qui ne peut être entré dans les vues du législateur. Non, certes, tel n'est pas l'esprit de la loi. Mais si le texte était en faveur de ce pouvoir dangereux, il faudrait s'y tenir; c'est donc le texte qui avait d'abord paru décisif à la cour qu'elle aurait dû interpréter, en établissant les vrais principes. La cour a, au contraire, persévéré dans sa première erreur en continuant à confondre le droit d'aliéner et le droit de s'obliger. Elle ne s'est pas bornée à juger que la femme ne peut s'obliger que dans les limites de son pouvoir d'administration, elle a décidé aussi que la femme ne pouvait aliéner que pour les besoins de son administration; de sorte que, dans la pensée de la cour, le droit de s'obliger dépend toujours du droit d'aliéner. Elle avait cru d'abord que le droit d'aliéner de la femme était illimité, et elle en avait conclu que son droit de s'obliger était également illimité. Puis elle a considéré le droit d'aliéner comme limité par le pouvoir d'administration, et elle a admis la même limite pour le droit de s'obliger. Nous avons combattu cette confusion de deux droits très-distincts. Ajoutons que c'est donner à la nouvelle doctrine une base très-fragile que de l'appuyer sur le droit limité d'aliéner; car ce droit, loin d'être limité par le texte, est illimité, comme le disait très-bien la première jurisprudence de la cour. Il faut donc chercher un autre fondement au principe que la femme séparée ne peut s'obliger indéfiniment. Nous l'avons trouvé dans le texte du code; c'est un appui inébranlable. Quant au droit absolu d'aliéner, il n'emporte pas le droit absolu de s'obliger, parce que autre chose est aliéner, autre chose est s'obliger.

312. Notre doctrine, qui est celle de la plupart des auteurs, et la doctrine de la cour de cassation s'accordent

dans le principe auquel elles aboutissent : la femme n'a le droit de s'obliger que pour les besoins de son administration. Reste à savoir quand on peut dire que l'obligation contractée par la femme concerne son administration. En théorie, la réponse est très-simple. La femme n'a le droit de s'obliger que parce qu'elle ne peut administrer sans s'obliger ; il faut donc voir si l'acte juridique à l'occasion duquel elle s'est obligée est un acte d'administration ; dans ce cas, l'obligation est valable ; si l'acte dépasse les limites de l'administration, l'obligation sera nulle. Dans l'application, il reste toujours une difficulté, c'est de distinguer les actes d'administration que la femme a le droit de faire. Nous avons examiné la question plus haut (n[os] 292-300).

Suffit-il que la femme déclare qu'elle s'oblige pour les besoins de son administration pour que l'obligation soit valable? Non, certes ; le soin même qu'elle prend de constater qu'elle fait un acte d'administration est suspect. Dans une affaire qui a été portée devant la cour de cassation, la femme, en souscrivant un billet de 2,000 francs, avait déclaré qu'elle devait bien légitimement cette somme au créancier, laquelle somme était destinée à l'utilité de ses enfants, à l'entretien de son ménage et aux frais occasionnés par une demande en séparation. On voit que le billet était dicté par le créancier, qui voulait se mettre à l'abri d'une action en nullité. Cette précaution était suspecte. La cour de Bordeaux annula la reconnaissance par le motif que la femme, en la souscrivant, avait excédé les bornes de son pouvoir d'administration. Cette appréciation, dit la cour de cassation, est dans les attributions exclusives des juges du fait (1).

313. La preuve, d'après la cour, est une difficulté de fait. Elle est de fait en ce sens que la loi ne définit pas les actes d'administration ; toutefois, pour décider si tel acte est ou non un acte d'administration, on s'appuie sur des textes, et alors la question devient une question de droit. Peut-être la cour, en disant qu'il appartient au juge d'ap-

(1) Rejet, 18 mars 1829 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1971, p. 415).

précier souverainement la nature et le caractère de l'acte, a-t-elle voulu dire autre chose. L'acte peut être un acte d'administration, et l'engagement peut néanmoins être excessif. Sera-t-il valable? La cour d'Aix a jugé que des engagements répétés étaient des actes de dissipation, parce que ces dettes excédaient de beaucoup les revenus de la femme et menaçaient, par conséquent, son capital mobilier et même sa fortune immobilière (1). Nous doutons que cette façon de considérer les actes d'administration soit conforme à la loi; elle revient à dire que l'acte doit être d'une sage gestion pour que l'obligation soit valable. On trouve cette expression dans un arrêt de la cour de cassation (2). En fait, cela paraît très-raisonnable, mais nous n'hésitons pas à dire qu'en droit cette doctrine est inadmissible. La femme administre librement; donc tout acte d'administration par elle fait est valable, ainsi que l'obligation que la femme contracte en administrant; elle n'en peut donc pas demander la nullité. La loi aurait pu lui donner le droit d'agir en réduction, comme elle le donne au mineur quand ses engagements sont excessifs; mais elle ne l'a pas fait. Dès lors il est impossible à l'interprète d'admettre ni réduction ni nullité. Il n'a qu'une chose à voir : l'acte pour lequel la femme s'est obligée est-il un acte d'administration? Si oui, l'obligation est valable, quelque excessive qu'elle soit; car, dans les limites de son pouvoir d'administration, la femme séparée a pleine capacité; et une personne capable ne peut attaquer ses engagements pour cause d'excès (3).

314. Il reste une dernière difficulté qui concerne le principe même que nous venons d'établir. La femme s'oblige dans les limites de son administration : cet engagement donne-t-il au créancier un droit de gage sur tous les biens de la femme, ou la femme, en s'obligeant, n'oblige-t-elle que ses biens mobiliers? Nous croyons qu'il faut appliquer le principe formulé par l'article 2092 (loi hyp.,

(1) Aix, 25 juin 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1971, p. 413).
(2) Rejet, 29 août 1839 (Dalloz, *ibid.*, n° 1982).
(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 258, n° 101 *bis* IX.

art. 7) : « Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens, mobiliers ou immobiliers. » *Quiconque,* dit la loi; donc tout débiteur, dès qu'il est obligé personnellement. Or, la femme est engagée personnellement, donc ses biens sont aussi engagés. On objecte que l'article 2092 suppose un débiteur capable, et surtout capable d'aliéner, puisque le gage qu'il donne au créancier sur ses biens conduit à l'aliénation par la saisie et l'expropriation. Sans doute il faut être capable pour engager ses biens, mais il suffit d'avoir la capacité de s'obliger, il ne faut point la capacité d'aliéner. Ici revient notre distinction : autre chose est de s'obliger, autre chose est d'aliéner. Celui qui s'oblige n'aliène pas, donc il ne doit pas avoir la capacité d'aliéner. Qu'importe que les créanciers aient le droit de saisir ses biens et de les vendre? Ils tiennent ce droit de la loi, qui attache cet effet à toute obligation valablement contractée; ce n'est pas le débiteur qui vend en cas de saisie, ce sont ses biens qui sont vendus; il dépend de lui d'empêcher la vente en exécutant ses engagements : preuve qu'en s'obligeant il ne vend point. Ceux qui ont contesté l'application de l'article 2092 aux incapables n'ont pas réfléchi que les simples administrateurs des biens d'autrui obligent ceux dont ils gèrent le patrimoine; quoiqu'ils n'aient pas le droit d'aliéner, les biens sont engagés par les obligations qu'ils contractent dans les limites de leur pouvoir d'administration. Est-ce que le tuteur n'oblige pas le pupille par les engagements qu'il prend en administrant? Et ces engagements ne peuvent-ils pas être exécutés sur tous les biens du mineur? Cependant le tuteur n'a pas le droit d'aliéner. Mais il suffit qu'il ait le droit de s'obliger au nom du mineur pour que celui-ci soit tenu de remplir ces engagements sur tous ses biens meubles et immeubles (1).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 408, note 78, § 516. En sens contraire, Zachariæ, dont ses éditeurs avaient d'abord adopté l'opinion (Voy. Zachariæ, édit. de Massé et Vergé, t. IV, p. 150 et note 65), et Marcadé, t. V, p. 595, n° III de l'article 1449.

2. APPLICATION.

315. La femme séparée de biens peut-elle accepter une succession? Dans la théorie du code, l'acceptation d'une succession n'est pas considérée comme un acte d'administration : le tuteur a plein pouvoir d'administrer, il ne peut néanmoins accepter une succession qu'avec l'autorisation du conseil de famille, quoique la succession doive être acceptée sous bénéfice d'inventaire (art. 461). Par la même raison la femme ne peut pas accepter une succession. Accepter purement et simplement, c'est contracter la plus dangereuse des obligations, puisque c'est s'obliger indéfiniment de payer les dettes du défunt. Accepter sous bénéfice d'inventaire, c'est encore s'obliger, puisque l'héritier bénéficiaire est comptable et responsable; et il l'est pour une administration qui intéresse surtout les créanciers et les légataires. Cela est décisif quant à la femme, puisqu'elle ne peut s'obliger que pour l'administration de ses biens (1).

316. La femme séparée peut-elle accepter une donation sans autorisation du mari ou de justice? L'article 217 répond à la question; il dispose que la femme séparée ne peut acquérir à titre gratuit sans y être autorisée; l'article 934 reproduit cette disposition en termes absolus qui excluent toute distinction. Peu importe que la femme s'oblige ou non en acceptant une donation; en principe, le donataire ne s'oblige pas, il reçoit un bienfait. Si néanmoins la loi ne permet pas à la femme séparée d'accepter une libéralité, c'est que les bonnes mœurs exigent que le mari intervienne, comme nous l'avons dit ailleurs : l'intérêt de la moralité domine tout (2).

317. La femme séparée de biens peut-elle emprunter? Ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration ne peuvent pas emprunter : la loi considère l'emprunt comme un acte de disposition quand il s'agit du tuteur et du mineur émancipé (art. 457 et 484). Faut-il appliquer le même principe

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 409, § 516 (4e édit.).
(2) Aubry et Rau, *ibid.*, p. 410, § 516 (4e éd.).

à la femme séparée de biens? Non, sa position est toute spéciale. En lui donnant la libre administration de ses biens, la loi l'autorise à faire un commerce, à exercer une industrie; or, il est difficile à un commerçant ou à un industriel de ne pas contracter d'emprunt. Emprunter peut être pour lui un acte de très-bonne gestion, puisque le crédit lui donne le moyen de multiplier ses opérations et d'accroître sa fortune. On dira qu'il en est de même du mineur émancipé. Oui, mais il y a cette différence essentielle entre le mineur et la femme séparée, que le premier est incapable à raison de son âge, tandis que nous supposons la femme majeure.

Est-ce à dire que l'on doive déclarer la femme séparée capable d'emprunter, quel que soit l'objet de l'emprunt? Non. Ce peut être un acte relatif à l'administration de ses biens; dans ce cas, l'emprunt sera valable; mais s'il ne sert qu'à favoriser les dissipations de la femme et ses folles dépenses, l'emprunt sera nul en vertu du principe général qui défend à la femme de s'obliger en dehors des besoins de son administration. Par application de ces principes, la cour de Paris a annulé un prêt fait à une femme séparée de biens, parce qu'il n'était pas justifié que les sommes eussent été empruntées pour les besoins de son administration : la femme avait été pourvue d'un conseil judiciaire à raison de ses folles dépenses (1).

318. La femme séparée peut-elle s'engager pour un tiers en se portant caution? Il suffit de mettre la question en regard du texte de la loi pour la résoudre. La loi limite à l'administration de ses biens sa capacité de s'obliger. Est-ce que la femme administre ses biens en cautionnant l'engagement d'un tiers? Ajoutez à cela que le cautionnement est un acte d'imprudence, même pour une personne pleinement capable. Cela suffit pour refuser à la femme séparée, et d'une manière absolue, le droit de se porter caution. La jurisprudence est en ce sens (2). Il a été jugé, par application de ce principe, que la femme séparée de

(1) Paris, 27 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 2, 209). Colmet de Santerre, t. VI, p. 259, nº 101 *bis* X.

(2) Rejet, 7 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1972).

biens ne peut cautionner la dette d'un tiers, sous forme d'aval, alors qu'elle n'a aucun profit à tirer des valeurs ou marchandises à raison desquelles le tiers a contracté l'obligation (1).

Cependant il y a des arrêts en sens contraire. Il a été jugé que la femme séparée de corps avait pu cautionner son gendre failli pour une somme de 3,000 francs; le cautionnement, dans l'espèce, avait pour objet de faire obtenir la liberté du débiteur (2). De même la cour de Paris a validé le cautionnement d'une femme séparée de biens pour la dette d'une sœur, causée pour nourriture et logement. L'arrêt constate que la dette ne formait que le sixième des revenus de la femme séparée (3). C'est le seul motif que donne la cour. Il est clair que ces décisions ne sont pas des décisions de droit, ce sont des arrêts de faveur, en ce sens que les juges de fait sont entraînés, par la faveur de la cause, à juger contre la rigueur des principes. La science ne peut tenir aucun compte d'une jurisprudence pareille.

319. Il a été jugé que la femme séparée de biens ne peut pas contracter une société en commandite (4). Les engagements que contracte un associé dépassent de beaucoup la limite étroite de l'administration pour laquelle il est permis à la femme de s'obliger.

La cour de Paris a jugé que toute société de biens contractée entre mari et femme était radicalement nulle (5). Cela n'est-il pas trop absolu? Quand la femme contracte avec son mari, celui-ci l'autorise nécessairement. On n'est donc plus dans le cas de l'article 1449, qui suppose des actes faits par la femme séparée sans autorisation maritale. La question est donc de savoir si la femme peut contracter une société avec autorisation. L'affirmative n'est pas douteuse quand la femme s'associe avec un tiers; et si elle peut s'associer avec un tiers, pourquoi ne le pourrait-elle pas avec son mari? Aucune loi n'interdit aux

(1) Poitiers, 3 février 1858 (Dalloz, 1859, 2, 72).
(2) Paris, 7 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 389).
(3) Paris, 23 août 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1978).
(4) Paris, 19 janvier 1838 (Dalloz, *ibid.*, n° 1989).
(5) Paris, 24 mars 1870 (Dalloz, 1872, 2, 43).

époux de contracter ensemble. La cour de Paris dit que les époux ne peuvent s'associer que par voie de communauté légale ou conventionnelle. C'est confondre la communauté avec la société ordinaire, et la différence est grande : la première est une conséquence du mariage, et irrévocable comme toute convention matrimoniale; l'autre n'a qu'un objet particulier et une durée passagère. La société entre époux n'a rien de commun avec l'ordre public, les deux époux y ont des droits égaux, tandis que l'inégalité règne dans la société conjugale. On craint que, sous le nom d'une société ordinaire, les époux séparés ne rétablissent la communauté, sans observer les formes et les conditions que la loi prescrit. Nous répondons qu'en droit la communauté subsistera, et si les époux font fraude à leurs créanciers, il va sans dire que ceux-ci auront le droit d'agir en nullité.

320. Il s'est présenté une question plus étrange et qui révèle un des désordres de notre état social. Une femme séparée de biens joue à la Bourse; elle y engage toute sa fortune, près de 300,000 francs, et elle se ruine. Ces engagements sont-ils valables? Oui, a-t-on dit; car jouer à la Bourse, c'est vendre, ce n'est pas s'obliger, puisque la femme avait les deniers nécessaires pour payer les valeurs qu'elle achetait. Cela est très-spécieux, et si l'on s'attachait à la lettre de la loi, qui permet à la femme de disposer de son mobilier et de l'aliéner, il faudrait dire que la femme peut aussi vendre ses actions à la Bourse. Mais est-ce bien là ce que la loi a entendu autoriser? La femme qui joue à la Bourse spécule, et elle se livre à la plus dangereuse des spéculations. Ce n'est pas là ce que la loi lui permet : elle peut aliéner, elle ne peut pas jouer. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens (1).

V. *De l'incapacité de la femme séparée de biens.*

1. QUELS ACTES LA FEMME NE PEUT PAS FAIRE.

321. La séparation de biens laisse subsister le mariage et toutes les obligations qui en naissent. Donc la femme

(1) Rejet, 30 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 40).

reste sous puissance maritale; par suite elle ne peut, en principe, faire aucun acte juridique sans y être autorisée. Ce principe est d'ordre public, il est de l'essence du mariage; la loi le consacre comme une règle générale dans l'article 217. Voilà pourquoi cet article dit : « La femme, même non commune ou *séparée de biens* ne peut donner, aliéner, etc. » Toutefois la séparation de biens déroge en un certain sens à la puissance maritale en permettant à la femme séparée de faire sans autorisation les actes d'administration et d'aliéner son mobilier. C'est une exception qui confirme la règle et qui, par sa nature, est de la plus stricte interprétation, puisqu'il s'agit de la dérogation à une règle d'ordre public. Donc, en dehors des actes d'administration et des aliénations, la femme reste incapable.

322. « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait non commune ou séparée de biens » (art. 215). Aucune disposition du code ne déroge à cette incapacité absolue de plaider, soit en demandant, soit en défendant. Nous en avons dit la raison ailleurs. La femme peut administrer librement; mais si un procès s'élève au sujet d'un acte d'administration, elle doit être autorisée pour le soutenir. On a prétendu que la femme séparée de corps n'a plus besoin de cette autorisation, parce que, de fait, l'intervention du mari ne sera qu'une affaire de forme. Cela se peut, mais, en droit, il n'y a aucune différence entre la femme séparée de corps et la femme séparée de biens : l'une et l'autre sont sous puissance maritale, l'une et l'autre ont donc besoin d'être autorisées pour ester en jugement (1).

Le défaut d'autorisation entraîne une incapacité radicale; la femme peut opposer cette exception en tout état de cause, même devant la cour de cassation; cela est fondé en raison comme en droit, la femme n'est pas plus capable de plaider en cassation que de plaider en appel ou en première instance (2).

323. La femme séparée peut-elle compromettre? D'après le code de procédure, « toutes personnes peuvent compro-

(1) Cassation, 6 mars 1827 (Dalloz, au mot *Appel civil*, nº 1094)
(2) Cassation, 13 novembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 33).

mettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » En faut-il conclure que la femme séparée de biens peut compromettre sur ses droits mobiliers et qu'elle ne le peut pas sur ses droits immobiliers? Non, car l'article 1004 ajoute que « l'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public; » or, l'article 83 déclare communicables les causes des femmes non autorisées de leur mari. Donc la femme ne peut compromettre sur ses droits mobiliers, car c'est précisément sur ces droits qu'elle peut traiter sans autorisation. Nous avons dit, au titre de la *Tutelle*, pourquoi la loi n'autorise pas le compromis sur les procès qui doivent être communiqués au ministère public.

324. Aux termes de l'article 1449, « la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice, à son refus. » Pourquoi la loi maintient-elle l'incapacité de la femme pour l'aliénation de ses immeubles, tandis qu'elle lui permet de disposer de son mobilier sans autorisation? Il n'y a pas de raison juridique de cette différence; en droit, la disposition du mobilier et la disposition des immeubles sont des actes identiques; il n'y aurait donc lieu de les distinguer, au point de vue de la capacité de la femme séparée, qu'à raison de la valeur qu'ont les meubles et les immeubles. Jadis la différence entre la richesse mobilière et la richesse immobilière était énorme; on connaît le vieil adage : *Vilis mobilium possessio*. Les choses sont bien changées. Nous venons de citer un cas où la fortune de la femme, de 300,000 francs, était exclusivement mobilière; elle aurait pu disposer de tous ses droits par aliénation, tandis qu'elle n'aurait pu aliéner sans autorisation la moindre pièce de terre. Il y a désharmonie entre la législation et notre état social. Nous la signalons au législateur.

L'article 1449 dit que la femme ne peut *aliéner* ses immeubles sans y être autorisée. Ce principe reçoit son application non-seulement à l'aliénation totale, mais aussi à l'aliénation partielle, c'est-à-dire à la constitution de droits réels; la femme ne peut donc hypothéquer, ni grever ses biens de servitudes, ou d'un droit d'emphytéose ou de

superficie. Le code le dit pour les hypothèques (art. 2124 et loi hyp., art. 73) : « Les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. » Il en est de même de tout démembrement de la propriété. Il suit encore du principe établi par l'article 1449 que la femme ne peut pas transiger sur ses droits immobiliers : c'est l'application de l'article 2045.

2. RESPONSABILITÉ DU MARI.

325. La femme aliène un immeuble avec autorisation du mari ou de justice. On demande si le mari sera responsable du défaut d'emploi ou de remploi? L'emploi consiste à placer les deniers provenant de la vente; le remploi se fait en achetant un autre immeuble. En principe, il faut décider que le mari n'est pas garant du défaut d'emploi ou de remploi. La raison en est très-simple et elle est décisive. Faire emploi de ses revenus ou d'un capital, c'est administrer; et c'est également administrer que d'acheter un immeuble avec les deniers provenant de la vente d'un immeuble. Or, après la séparation de biens, c'est la femme qui administre son patrimoine, c'est donc à elle de placer ses capitaux; le mari n'a pas même le droit d'intervenir, puisque la femme administre librement, c'est-à-dire qu'elle est affranchie de la puissance maritale pour tous les actes d'administration qu'elle fait. Il serait absurde de rendre le mari responsable d'une gestion à laquelle il est étranger.

Toutefois il y a des cas dans lesquels le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi. L'article 1450 les énumère, mais il y a de vives controverses sur l'interprétation de cette disposition. D'après le texte, il faut distinguer si la femme est autorisée de justice ou du mari.

326. « Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice » (art. 1450). C'est l'application de notre principe. Le mari qui refuse son autorisation déclare par cela même qu'il veut rester étranger à ce que la femme fait. De droit, il n'intervient

pas dans la vente, pas même pour couvrir l'incapacité de la femme; c'est la femme seule qui vend, c'est à elle de faire emploi du prix. Si la femme est libre, c'est à ses risques et périls : la liberté a pour conséquence nécessaire la responsabilité.

Après avoir posé la règle, l'article 1450 ajoute trois exceptions. Le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi, d'abord quand il a *concouru au contrat*. Concourir au contrat, c'est être partie à l'acte. C'est en ce sens que l'article 217 dit que le mari autorise tacitement la femme à faire l'acte auquel il *concourt*. Dans le cas prévu par l'article 1450, le mari ne concourt pas dans l'acte pour autoriser sa femme à le passer, car la loi suppose que la femme est autorisée de justice; s'il y intervient, c'est qu'il entend s'immiscer dans la gestion. La femme aurait le droit de rejeter ce concours, car elle est libre, et le mari n'a pas à se mêler de son administration. Mais on comprend que la femme, toujours sous puissance, ne se mette pas en opposition avec son mari et qu'elle le laisse faire. Quelle va être la conséquence de cette immixtion du mari? Il intervient dans l'administration de la femme, donc il doit être responsable. Faut-il ajouter que la loi présume que le mari concourt à la vente pour toucher le prix et l'employer à son avantage? Il se peut que cela soit; mais la loi ne le dit pas, elle n'établit aucune présomption, et elle n'avait pas besoin de créer une présomption inutile; il suffit que le mari intervienne dans l'administration pour qu'il soit tenu de veiller aux intérêts de la femme; s'il ne le fait pas, il doit être responsable.

D'après l'article 1450, le mari est encore garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble « lorsqu'il est prouvé que les deniers ont été reçus par lui. » Le mari séparé n'a pas le droit de recevoir le prix; c'est la femme qui reçoit ce qui lui est dû, car c'est là un acte d'administration, et la femme administre librement. En touchant le prix, le mari empiète sur le pouvoir de la femme, il administre illégalement; dès lors il doit répondre de son immixtion. Quand il administre légalement, il est responsable; à plus forte raison doit-il l'être quand il

administre illégalement. Peu importe quelles sont ses intentions ; la loi ne présume rien. Il se peut qeu le mari intervienne dans son propre intérêt, raison de plus pour le déclarer responsable ; il se peut aussi qu'il intervienne dans l'intérêt de la femme, il doit encore répondre de son intervention, sinon elle pourrait être nuisible à la femme.

Enfin le mari est garant du défaut d'emploi ou de remploi quand il est prouvé que les deniers provenant de la vente ont tourné à son profit. La loi suppose que le mari n'a pas concouru à la vente et qu'il n'a pas touché le prix ; elle le déclare néanmoins responsable s'il est prouvé que le prix a été employé à son profit. Sous le régime de séparation de biens, le mari n'a aucun droit au prix, pas même celui d'en jouir, c'est la femme qui en dispose et qui en a la libre jouissance. Si donc le prix est employé au profit du mari, il prive la femme du prix et de l'avantage qu'elle aurait retiré de l'emploi ou du remploi des deniers ; il est juste qu'il réponde des conséquences de son fait.

327. Lorsque le mari ne concourt pas à l'acte et qu'il est responsable pour avoir reçu le prix, ou parce que le prix a tourné à son profit, la loi dit que le fait d'où découle la responsabilité doit être prouvé. C'est que de droit commun le mari n'est point responsable, il ne l'est que pour s'être immiscé dans la gestion ; ce fait est un fait illégal, en ce sens que le mari fait ce que la femme seule a le droit de faire. Celui qui prétend que le mari a reçu le prix ou qu'il en profite doit donc faire la preuve de ce qu'il avance ; c'est le fondement de la demande en responsabilité, et le demandeur doit toujours prouver le fait sur lequel sa demande est fondée. Comment le demandeur fera-t-il cette preuve ? D'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge point. Reste à savoir quel est ce droit commun. La preuve testimoniale et les présomptions seront-elles admises ? L'affirmative n'est pas douteuse quand ce sont des tiers, créanciers, qui agissent, car ils ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale du fait qu'ils allèguent. Mais que faut-il décider si la femme exerce l'action en garantie ? Nous croyons que la décision doit être la même : si le mari, qui commence par refuser son autori-

sation et s'abstient de concourir à l'acte, reçoit néanmoins le prix, ou si le prix est employé à son profit, il commet une usurpation sur les droits de la femme ; c'est un fait illégal, un fait dommageable, donc un quasi-délit, et les quasi-délits se prouvent par témoins et par présomptions. Vainement dirait-on que la femme peut demander un reçu au mari, celui-ci se gardera bien de constater le quasi-délit qui donne ouverture contre lui à une action en responsabilité (1).

328. Le second alinéa de l'article 1450 prévoit le cas où la vente se fait avec autorisation du mari ; il porte : « Le mari est garant du défaut d'emploi ou de remploi si la vente a été faite en sa présence et de son consentement. » Le *consentement,* c'est l'autorisation que le mari donne à la femme pour aliéner ; la *présence,* c'est le concours, l'intervention du mari dans l'acte de vente. Comme la loi exige la présence *et* le consentement, il faut dire que la seule autorisation du mari ne suffit pas pour qu'il soit responsable. Le texte de l'article 1450 est en harmonie avec l'esprit de la loi. Pourquoi le mari doit-il autoriser la vente ? Pour constater que l'aliénation de l'immeuble est nécessaire ou utile à la femme. L'autorisation couvre l'incapacité de la femme : celle-ci, étant autorisée, est pleinement capable ; elle peut vendre. Après qu'elle a vendu, elle touche le prix ; recevoir le prix n'est plus un acte de disposition, c'est un acte d'administration que la femme a qualité de faire sans autorisation aucune. Puis il faut faire emploi ou remploi du prix ; le placement des capitaux de la femme est encore un acte d'administration, elle le fait librement, c'est-à-dire sans l'intervention du mari. Partant, le mari ne saurait être responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix, pas plus que de tout autre acte d'administration, quand il se borne à autoriser la femme à vendre. En effet, cette autorisation n'est donnée que pour la vente, elle est étrangère à ce qui la suit ; la femme reçoit le prix et elle le place en vertu de son pouvoir d'administration ; et quand c'est elle qui administre,

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 407 et note 74, § 516 (4e éd.).

il va de soi que le mari n'est pas responsable si elle administre mal. En définitive, le mari qui autorise n'administrant pas ne saurait être responsable, pas plus que le tribunal n'est responsable en autorisant la femme à vendre, car l'autorisation est un seul et même fait juridique, qu'elle émane du mari ou de la justice. Voilà pourquoi la loi exige la *présence* du mari à la vente pour qu'il soit garant du défaut d'emploi ou de remploi. Concourir à la vente, c'est y intervenir, ce n'est plus autoriser, puisque le mari a déjà consenti à ce que la femme aliène ; et intervenir dans la vente, c'est administrer ; or, le mari qui administre de fait est responsable, comme nous venons de le dire dans l'hypothèse où la femme vend avec autorisation de justice (n° 326).

329. La plupart des auteurs déclarent le mari responsable par cela seul qu'il autorise la vente, alors même qu'il n'y aurait pas été présent. Que cette interprétation soit contraire au texte de l'article 1450, cela est d'évidence, car elle efface de la loi les mots *en sa présence*. Les interprètes ont-ils le droit de mutiler la loi? ont-ils le droit de la corriger? On concevrait qu'ils ne tiennent aucun compte d'un mot quand ce mot n'a pas de sens, ou quand il implique une erreur que l'on ne peut pas supposer chez les auteurs du code. Dans l'espèce, les interprètes, en se mettant au-dessus de la loi, se mettent également en opposition avec l'esprit de la loi, c'est-à-dire avec les principes généraux de droit. Il s'agit de savoir si le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi par cela seul qu'il autorise la femme à vendre. Or, il est de principe que celui qui autorise ne s'oblige point. Rien de plus rationnel que ce vieil adage. Celui qui autorise intervient pour habiliter un incapable ; l'autorisation couvre l'incapacité en rendant l'incapable capable de faire l'acte pour lequel il a obtenu l'autorisation ; il n'y a de la part de celui qui autorise aucune intention de s'obliger : et peut-on être obligé sans le vouloir? La justice ne s'oblige certes pas en autorisant la femme à aliéner ; pourquoi le mari serait-il responsable quand il lui donne cette même autorisation?

On objecte la tradition, et l'on cite Pothier comme auto-

rité à l'appui de l'opinion qui déclare le mari responsable par le fait seul de son consentement (1). A vrai dire, Pothier et la tradition témoignent contre ceux qui les invoquent. Le mari a autorisé sa femme à vendre un immeuble, aucun emploi n'est fait du prix : le mari sera-t-il tenu du remploi envers la femme et ses héritiers? C'est une question entre les auteurs, répond Pothier ; puis il expose les motifs des deux opinions. La jurisprudence était divisée comme la doctrine : on citait deux arrêts qui rendaient le mari responsable, tandis qu'un autre arrêt avait jugé qu'il ne l'était point. Que décide Pothier? Il cherche à concilier les deux opinions, et voici comment. Lorsque la femme a vendu un héritage, le mari qui l'a autorisée est tenu du défaut d'emploi ou de remploi *s'il est suspect d'en avoir profité;* or, dans l'espèce des deux arrêts qui avaient déclaré le mari responsable, il était suspect d'avoir profité du prix ; l'auteur du Recueil, qui avait été l'un des juges, le constate. Au contraire, lorsque le mari *n'est pas suspect d'avoir profité du prix,* il n'est pas responsable : telle était l'espèce de l'arrêt qui avait jugé que le mari n'était pas garant ; l'auteur du Recueil constate que les époux ayant vécu en mauvaise intelligence depuis la séparation de biens, au point qu'ils s'étaient aussi séparés d'habitation, le mari ne pouvait être suspect d'avoir profité du prix ; la femme avouait d'ailleurs qu'elle avait acheté des actions qui étaient devenues à rien : c'est l'expression de Pothier (2).

Telle est la doctrine de Pothier ; il en résulte bien clairement que le fait seul d'autoriser la vente ne rendait pas le mari responsable ; ce qui est décisif. Pothier exigeait de plus que le mari *fût suspect d'avoir profité du prix.* C'était là une condition de fait que le juge décidait. La responsabilité du mari dépendait donc des circonstances de la cause et de l'appréciation du juge. C'était l'esprit de l'ancien droit de laisser une grande latitude aux tribunaux ; l'esprit de notre nouvelle législation est tout diffé-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 406 et 407, notes 72 et 73, § 516.
(2) Pothier, *De la communauté,* n° 605.

rent. Les auteurs du code civil n'ont pas reproduit cette condition de *suspicion*, sans doute parce qu'elle est trop vague et prête trop à l'arbitraire du magistrat : ils l'ont remplacée par la condition de *présence* au contrat de vente, fait matériel qu'il est facile de constater. Est-ce une présomption que le mari a profité du prix? La loi ne dit pas cela, et rien ne nous autorise à l'interpréter ainsi. Dès que le mari est présent, il est responsable. A-t-il touché le prix et en a-t-il profité, il est juste qu'il en réponde. N'a-t-il pas profité du prix, il ne sera pas moins garant, car il est intervenu dans l'administration, et dès qu'il administre, il est responsable.

330. Chaque auteur a son explication. Les éditeurs de Zachariæ disent que la cause principale de la responsabilité du mari dérive des devoirs attachés à l'autorité maritale. Ils oublient que cette autorité n'est plus entière après la séparation de biens; la femme en est affranchie pour tout ce qui concerne l'administration de ses biens : elle les administre librement, le mari n'a pas le droit d'intervenir dans sa gestion; or, placer le prix est un acte d'administration. Qui en doit répondre? La femme qui a le droit de le faire, ou le mari qui n'en a pas le droit et qui s'est borné à donner à sa femme l'autorisation de vendre? Aubry et Rau sont en opposition avec la tradition. Pothier ne déclarait pas le mari responsable par cela seul qu'il autorise sa femme à aliéner, il exigeait que le mari fût suspect d'avoir profité du prix. Les auteurs du code civil ont remplacé cette condition par celle de la présence du mari à l'acte; que l'on explique cette condition comme on voudra, toujours est-il que la seule autorité maritale ne justifie pas la responsabilité du mari, car il fait acte d'autorité en autorisant la vente, il ne fait pas acte d'autorité en concourant à l'aliénation; il empiète, au contraire, sur le pouvoir de la femme, et c'est pour cela que la loi le déclare responsable (1).

Troplong dit que « les esprits *formalistes* remarque-

(1) Comparez Colmet de Santerre (t. VI, p. 262, nos 102 *bis* II et III) qui fait une série de suppositions, puis il raisonne sur ces suppositions comme si c'était le texte de la loi.

ront que la loi *semble* exiger la double condition de la présence du mari à l'acte et de son consentement. » *La loi semble exiger!* Non, elle ne semble pas, elle est aussi claire que possible, *elle exige;* si donc quelqu'un est coupable de *formalisme,* c'est le législateur; et le devoir de l'interprète, surtout quand cet interprète est le premier président de la cour de cassation, n'est-il pas de respecter la loi? Troplong ajoute qu'il se gardera bien de partager ces *scrupules.* Il décide, comme s'il était législateur, que le consentement du mari suffit pour le rendre responsable. Et que fait-il du texte? Vain scrupule! D'un texte positif il fait un *semblant* de texte. Puis il l'interprète à sa guise: « Le mari ne prête son autorisation que dans l'espérance de profiter du prix. » Qui dit cela? La loi? Non, elle ne parle que de la *présence* du mari. C'est donc l'interprète qui, après avoir mutilé la loi, l'explique par des présomptions qu'il a imaginées. Cela ne s'appellerait-il pas faire la loi (1)?

En veut-on la preuve? Un arrêt de la cour de cassation consacre l'opinion que nous venons de combattre; on y lit : « Aux termes de l'article 1450, le mari est garant du défaut d'emploi du bien dotal aliéné avec son concours, et l'autorisation par lui donnée à cette aliénation suppose son concours, soit qu'il ait été présent à l'acte, soit qu'il n'y ait pas assisté (2). » Les termes de l'article 1450 ne disent certes pas cela, ils disent tout le contraire : « Le mari est garant du défaut d'emploi ou de remploi si la vente a été faite en sa présence et de son consentement. » Nous préférons le code Napoléon au code que font les interprètes.

331. Après avoir combattu nos adversaires, il nous faut encore combattre les auteurs dont nous suivons l'opinion, Marcadé du moins; nous ne pouvons pas admettre les motifs qu'il donne à l'appui de notre doctrine; ce sont des présomptions arbitraires qui prêtent à la critique et qui affaiblissent ce que nous croyons être la vraie interpréta-

(1) Troplong, t. I, p. 419, n° 1447.
(2) Rejet, 1er mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 220).

tion de la loi, au lieu de la fortifier. La responsabilité du mari est fondée, d'après Marcadé, sur la présomption qu'il a reçu le prix. Il y aurait donc présomption légale que le mari, qui autorise sa femme à aliéner et est présent à la vente, a reçu le prix. Nous avons dit bien des fois que les auteurs abusent des présomptions et qu'ils en créent pour les besoins de leur cause. En voici un nouvel exemple. Est-il question, dans le deuxième alinéa de l'article 1450, de la réception du prix? et la loi établit-elle une présomption qui tienne lieu de preuve que le mari a reçu le prix? Il n'y a pas un mot dans le texte qui fasse soupçonner une présomption. Or, quels sont les caractères que doit avoir la présomption légale? L'article 1350 répond : « La présomption légale est celle qui est attachée par une *loi spéciale* à *certains actes* ou à *certains faits*. » Quels sont ces *actes* ou ces *faits* auxquels l'article 1450 attacherait une présomption? Nous y voyons bien un *acte* et un *fait*, le consentement du mari et sa présence à l'acte, mais où est la conséquence que la loi tire de ces faits pour en induire que le mari a reçu le prix? La loi est muette sur cette prétendue conséquence; il y aurait donc des présomptions fondées sur le silence de la loi, alors que la loi exige une loi spéciale pour qu'il y ait présomption légale! Si du moins on avait besoin de ces présomptions pour expliquer la loi. Le législateur est très-sobre de présomptions, et avec raison, car c'est substituer le raisonnement à une preuve. Etait-il nécessaire, dans l'espèce, de recourir à des présomptions? Les principes sont d'une simplicité extrême : le mari est responsable quand il administre ou qu'il intervient dans l'administration; or, il y intervient quand il concourt à la vente par sa présence à l'acte. Sa présence suffit donc pour qu'il soit garant du défaut d'emploi ou de remploi (1).

332. Si l'on admet notre explication, il n'y a plus aucune difficulté dans l'application de la loi. On demande si le mari peut s'affranchir de la responsabilité en prou-

(1) Marcadé, t. V, p. 598, nos I et II de l'article 1450. Comparez Mourlon, t. III, p. 85, n° 199.

vant que la femme a touché le prix? Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. Si le mari est responsable, ce n'est pas parce qu'il a reçu le prix, c'est parce qu'il est intervenu dans l'administration des biens de la femme, en assistant à une vente où sa présence comme mari n'était pas requise. Peu importe donc que la femme ait reçu le prix! Il n'y a pas moins immixtion du mari, et partant responsabilité. Si Marcadé dit le contraire, c'est une conséquence de la présomption qu'il a imaginée pour expliquer la loi. Voilà à quoi aboutissent les erreurs, elles sont toujours grosses de conséquences erronées (1).

333. L'article 1450 dit que le mari n'est point garant de l'utilité de l'emploi, alors même qu'il serait responsable du défaut d'emploi ou de remploi. La raison en est que c'est la femme qui fait le placement, puisque l'emploi ou le remploi est un acte d'administration ; or, la femme administre librement, elle doit accepter la liberté avec sa conséquence, la responsabilité (2). Toutefois, cette décision de la loi n'est pas à l'abri de la critique. Quand la femme, usant de son pouvoir, administre librement, il est juste qu'elle soit responsable. Mais si le mari intervient dans l'administration, ce n'est plus la femme qui gère, c'est le mari; donc le mari devrait être responsable de toutes les conséquences de l'acte dont il s'est mêlé. Qu'importe à la femme qu'il y ait emploi, si l'emploi que, de fait, le mari a conseillé lui est désavantageux? Si la loi oblige le mari de veiller à l'emploi, elle devrait aussi l'obliger de veiller à l'utilité de l'emploi.

En disant que le mari n'est pas responsable de l'utilité de l'emploi, la loi suppose que c'est la femme qui a fait l'emploi; alors même qu'elle l'aurait fait sur les conseils du mari, celui-ci ne serait pas responsable, puisque, étant libre, elle n'est pas tenue de suivre les conseils que son mari lui donne. Mais si le mari faisait l'emploi sans le concours de sa femme et sans mandat de sa part, il serait responsable. C'est l'application du principe qui domine

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 406 et suiv., § 516 (4e éd.).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 264, n° 102 *bis* IV.

cette matière : dès que le mari administre, il est responsable (1).

334. Entre les mains de qui l'acquéreur doit-il payer? En principe, la femme seule a qualité pour recevoir le payement du prix, puisque c'est un acte d'administration et que la femme administre librement. On admet cependant que le mari, pour couvrir sa responsabilité, peut s'opposer à ce que l'acquéreur paye hors de sa présence. Cela se conçoit, dans l'opinion qui rend le mari responsable par cela seul qu'il autorise sa femme à aliéner; en l'autorisant, il exerce un droit et il remplit un devoir; il doit aussi avoir le droit de mettre sa responsabilité à couvert, alors qu'elle résulte de l'exercice d'un droit légal. Dans notre opinion, le mari n'est pas responsable à raison de l'autorisation qu'il donne à sa femme d'aliéner, il l'est seulement quand, de fait, il intervient dans l'administration des biens; or, il n'a pas le droit d'y intervenir; son intervention est un fait, un empiétement sur le pouvoir de la femme, et un empiétement n'en autorise pas un autre. Il est certain que, malgré l'opposition du mari, la femme pourrait forcer le débiteur à payer entre ses mains, et, par conséquent, l'acheteur pourrait aussi payer son prix entre les mains de la femme. Le mari s'est mis dans une situation illégale : qu'il en subisse les conséquences!

335. On enseigne encore que le mari ou la justice, en autorisant la femme à aliéner, peuvent y ajouter cette condition que la femme fera un emploi déterminé du prix, et l'on en conclut que cette condition est obligatoire pour l'acquéreur. Cela nous paraît douteux : faire emploi ou remploi du prix est un acte d'administration; or, la femme a le droit d'administrer librement; ce droit tient à son état et à sa capacité, il est donc d'ordre public. Est-ce que le mari peut limiter la capacité dont la loi investit la femme séparée de biens? Les tribunaux, gardiens des droits dont jouit la femme, peuvent-ils entraver l'exercice de ses droits? Les lois d'ordre public ne peuvent être modifiées ni par les particuliers ni par les tribunaux. On peut critiquer le

(1) Duranton, t. XIV, p. 564, n° 429. Aubry et Rau, t. V, p. 407, § 516.

code de ce qu'il a accordé à la femme une liberté trop grande, mais il n'appartient ni au mari ni au juge de la limiter (1).

Nº 4. RÉTROACTIVITÉ DE LA SÉPARATION.

I. *Le principe.*

326. Aux termes de l'article 1445, « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ». La séparation existe donc, avec tous ses effets, à partir du jour où la femme a introduit sa demande en justice; dès ce jour la communauté est dissoute, et elle l'est non-seulement entre les époux, mais aussi à l'égard des tiers. Ce dernier point a été contesté, mais à tort. Les rapports entre le mari et la femme intéressent les tiers autant que les époux mêmes; voilà pourquoi les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers. Or, la séparation de biens établit un nouveau régime entre les époux : conçoit-on qu'il y ait deux régimes à partir de la demande, la séparation de biens entre époux et la communauté à l'égard des tiers? C'est une impossibilité logique et juridique; la femme séparée de biens change d'état, elle devient capable pour les actes d'administration, elle est affranchie de la puissance maritale sous ce rapport : conçoit-on qu'elle soit capable à l'égard du mari à partir de la demande et incapable à l'égard des tiers? Le mari cesse d'être seigneur de la communauté, il cesse d'être administrateur des biens de la femme : conçoit-on qu'il y ait encore une communauté à l'égard des tiers et qu'il n'y en ait plus entre époux? Le texte même du code résiste à cette étrange opinion; il prescrit la publicité de la demande en séparation : est-ce dans l'intérêt des époux? Non, certes. C'est dans l'intérêt des tiers; cela implique que la séparation, par suite de la rétroactivité du jugement, existe à l'égard des tiers à partir de la demande (2).

(1) En sens contraire sur tous ces points, Aubry et Rau, t. V, p. 407 et suiv., § 516.

(2) Toullier, t. VII, 1, p. 97, nos 100-102. Marcadé, t. V, p. 592, nº 1 de l'article 1449. Aubry et Rau, t. V, p. 400, note 45.

On a de la peine à comprendre qu'une opinion qui a contre elle le texte et l'esprit de la loi ait trouvé faveur devant les cours (1). Nous croyons inutile de discuter des décisions qui sont si évidemment erronées. Ici il est permis de parler d'erreur et d'évidence, car l'article 1450 ne laisse aucun doute; le texte est conçu dans les termes les plus généraux, et l'esprit de la loi est également incontestable, puisqu'il n'y a aucun motif de distinguer entre les époux et les tiers; pour mieux dire, la distinction est impraticable, comme nous venons de le dire.

337. Quel est le motif de la rétroactivité établie par l'article 1445? Il importe de l'établir avec certitude, parce que la cour de cassation s'y est trompée, et elle a abouti à des conséquences aussi erronées que le principe qui leur sert de point de départ. En règle générale, tout jugement rétroagit. La raison en est d'abord parce que le demandeur doit obtenir, dès le jour de la demande, ce qu'il aurait obtenu si les lenteurs nécessaires de la justice ne retardaient nécessairement la sentence du juge, de sorte qu'il est impossible que le jugement soit porté immédiatement après la demande. Le défendeur ne peut pas se plaindre de cette rétroactivité, puisqu'il aurait dû reconnaître le fondement de la demande, le tribunal donnant gain de cause au demandeur. Enfin, la rétroactivité ne se heurte pas contre des droits acquis en matière de jugements; les lois ne peuvent pas rétroagir, parce qu'elles créent une disposition nouvelle qui ne saurait sans iniquité enlever des droits acquis avant que la loi nouvelle fût obligatoire et connue. Il n'en est pas ainsi des jugements, ils ne créent point les droits, ils ne font que les déclarer, en leur donnant l'appui de l'autorité publique; il est juste que les effets de cette reconnaissance existent au jour même où la demande est formée.

Est-ce ce droit commun que l'article 1445 consacre en disposant que le jugement qui prononce la séparation de biens rétroagit au jour de la demande? Non, car les mo-

(1) Riom, 31 janvier 1826, et Rouen, 9 août 1839 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nos 1941 et 1942). En sens contraire, Bordeaux, 11 mai 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, no 1940)

tifs qui justifient la rétroactivité des jugements en général demanderaient, au contraire, que le jugement de séparation n'eût point d'effet rétroactif. D'abord ce jugement, loin de déclarer et de reconnaître les droits des parties, crée une situation nouvelle : une convention irrévocable est anéantie et remplacée par un nouveau régime qui est en tout le contre-pied des conventions primitives; donc le régime nouveau ne devrait avoir d'effet que pour l'avenir. Puis, la femme qui demande la séparation n'a aucun droit au moment où elle agit en justice, elle est liée par ses conventions matrimoniales, elle ne peut pas les changer, elle ne peut donc pas demander que le mari reconnaisse ses droits; il n'est pas même permis au mari d'acquiescer à sa demande, car la séparation volontaire est nulle. Il suit de là que la séparation ne devrait exister qu'à partir du jugement qui la prononce; elle y a sa cause et son principe; or, les effets ne peuvent pas précéder la cause.

C'est donc par dérogation aux principes que le jugement, qui prononce la séparation, rétroagit. Quelle est la raison de cette exception? C'est l'intérêt de la femme. La séparation de biens est une garantie que la loi lui donne pour sauvegarder sa dot et ses reprises. Elle ne peut la demander que lorsque sa dot ou ses droits sont en péril; le danger va tous les jours croissant : si la communauté n'est dissoute qu'après des procédures que la mauvaise foi du mari peut prolonger, le remède au mal viendra trop tard; le mari aura eu le temps de dissiper la communauté et de se rendre lui-même insolvable. Pour que la séparation soit un remède efficace, il faut qu'elle existe dès l'instant où elle est demandée; c'est le seul moyen d'arrêter le danger qui menace la femme (1).

338. Le jugement qui prononce la séparation de corps rétroagit-il aussi en ce qui concerne la séparation de biens qui en est la conséquence? Cette question est très-controversée; à notre avis, la négative est certaine. Nous venons de prouver que, d'après les principes généraux du droit,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 243, n° 94 *bis* I. Mourlon, t. III, p. 86, n° 200.

la séparation de biens ne devrait exister qu'à partir du jugement. L'article 1445 est donc une disposition exceptionnelle. Cela décide la question. Est-ce que l'exception s'applique à la séparation de corps? Non, ni d'après le texte, ni d'après l'esprit de la loi. L'article 1445 porte : « Le *jugement* qui *prononce la séparation de biens* remonte au jour de la demande. » Est-ce qu'en matière de séparation de corps il y a un jugement qui prononce la séparation de biens? Non, tel n'est pas l'objet de la demande et telle n'est pas la sentence du juge. L'époux demande à être séparé de corps de son conjoint, et le juge prononce cette séparation. Sur quoi sont fondés la demande et le jugement. Sur les causes déterminées qui autorisent le divorce? Est-ce que le péril de la dot ou des reprises de la femme figure parmi les motifs qui engagent la femme à poursuivre la séparation de corps? Non, les affaires du mari peuvent être dans l'état le plus prospère, la dot et les reprises de la femme peuvent ne courir aucun danger, et néanmoins le juge prononcera la séparation de corps si l'une des causes déterminées de divorce existe. Pourquoi donc y a-t-il séparation de biens lorsque le juge sépare les époux de corps? C'est la loi qui le décide ainsi parce que la communauté de biens suppose la vie commune; quand la vie commune cesse, la communauté doit cesser aussi. Il en est tout autrement de la séparation de biens de l'article 1445; elle a uniquement pour objet de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme, elle n'est prononcée que lorsque sa dot ou ses reprises sont en péril; la vie commune continue, du reste, entre les époux. Ainsi la séparation de corps, quoiqu'elle soit suivie de la séparation de biens, n'a rien de commun avec la séparation de biens de l'article 1445. Donc cet article n'est pas applicable à la séparation de corps.

L'esprit de la loi est aussi clair que le texte. Pourquoi le jugement qui prononce la séparation de biens rétroagit-il? Pour garantir la dot et les reprises de la femme. Or, la séparation de corps n'est pas prononcée à raison des intérêts pécuniaires de la femme; donc il n'y a aucune raison de faire rétroagir la séparation de biens qui en ré-

sulte par voie de conséquence. Dira-t-on que lorsque la séparation de corps est prononcée, il se peut que le désordre des mœurs ait entraîné le désordre des affaires du mari et que, dans ce cas, les motifs qui font rétroagir la séparation de biens, prononcée à raison du péril de la dot et des reprises, existent aussi pour faire rétroagir la séparation de corps? Nous répondons, et la réponse nous paraît péremptoire, que s'il y a tout ensemble une cause déterminée de divorce et une cause de séparation de biens, la femme peut et doit former simultanément deux demandes, l'une en séparation de corps pour violation des devoirs qui naissent du mariage, l'autre en séparation de biens pour la garantie de ses intérêts pécuniaires. Il y aura deux jugements : l'un, qui prononcera la séparation de corps, ne rétroagira point, parce que l'on ne conçoit pas que la vie commune cesse rétroactivement; l'autre, qui prononcera la séparation de biens, rétroagira parce que l'intérêt de la femme l'exige.

Puisque le jugement qui prononce la séparation de corps n'a rien de commun avec la séparation de biens qui est prononcée par jugement, il faut laisser de côté l'article 1445, complétement étranger à la séparation de corps. Il reste à voir si la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps peut rétroagir indépendamment de l'article 1445. C'est la loi qui décide que la séparation de corps entraînera toujours séparation de biens. Ainsi la séparation de biens est un effet du jugement qui sépare les époux de corps; l'effet peut-il rétroagir alors que la cause qui le produit ne rétroagit point? Il y a là une impossibilité logique qui conduit à une vraie absurdité, dans l'opinion qui admet la rétroactivité de la séparation de biens, quoique la séparation de corps ne rétroagisse point. Jusqu'au moment où le juge prononce la séparation de corps, le mariage subsiste avec les conséquences légales de la vie commune et des intérêts communs : la communauté subsiste donc aussi. Peut-elle être dissoute rétroactivement sans que la séparation de corps rétroagisse? Ce serait admettre un effet sans cause; l'unique cause pour laquelle il y a séparation de biens quand les époux sont

séparés de corps, c'est la cessation légale de la vie commune, le relâchement du lien du mariage; or, cette cause n'existe qu'en vertu du jugement, donc l'effet ne peut exister qu'à partir du jugement. Si l'on admet que la séparation de biens rétroagit au jour de la demande, tandis que la séparation de corps n'existe qu'à partir du jugement, on aboutit à cette conséquence absurde, que la séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, existe à un moment où il n'y a pas encore de séparation de corps. Pour admettre une anomalie pareille, il faudrait un texte; or, nous n'avons d'autre texte que l'article 311, puisque l'article 1445 doit être écarté, et l'article 311 condamne précisément l'opinion de la rétroactivité, puisqu'il établit la séparation de biens comme un effet de la séparation de corps, donc comme dépendant de cette séparation et la suivant, comme l'effet suit la cause.

Nous disons qu'il n'y a point de texte en dehors de l'article 311. Le code est très-laconique en ce qui concerne la séparation de corps; de là de nombreuses difficultés. On a appelé la séparation de corps le divorce des catholiques, et on en a conclu que l'on pouvait appliquer par analogie à la séparation de corps ce que le code dit du divorce. Nous avons repoussé ce principe. Toutefois il y a un effet que produit la séparation de corps aussi bien que le divorce, c'est la dissolution de la communauté; l'article 1441 place, sous ce rapport, la séparation de corps et le divorce sur la même ligne. Il y a donc plus qu'analogie, il y a identité. Or, le divorce ne dissout pas la communauté rétroactivement; les articles 270 et 271 le prouvent, et cela n'est pas contesté. Donc il en doit être de même de la séparation de corps. Que le lien du mariage soit rompu ou qu'il soit seulement relâché, peu importe, la conséquence est la même, la communauté est dissoute; si elle n'est dissoute qu'à partir de la prononciation du divorce, elle ne doit aussi être dissoute qu'à partir de la séparation de corps; une cause identique ne saurait produire des effets différents (1).

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 244, n° 94 *bis* III. Les anciens auteurs

339. La rétroactivité de la séparation de biens a été établie dans l'intérêt de la femme; pour garantir ses droits avec efficacité, le jugement doit avoir effet, à l'égard des tiers comme entre époux, à partir du jour de la demande. Si donc on admet que la séparation de corps rétroagit, il faut admettre aussi qu'elle rétroagit à l'égard des tiers. Mais ici l'on se trouve arrêté par le texte même de l'article 1445, le seul appui de l'opinion que nous combattons. En effet, la disposition qui établit la rétroactivité de la séparation de biens forme le second alinéa de l'article qui ordonne la publicité de la séparation, et cette publicité est complétée par le code de procédure : la publicité et la rétroactivité sont intimement liées. La loi n'a pu admettre la rétroactivité à l'égard des tiers qu'à la condition de rendre publiques la demande et la séparation. Or, le code civil ne prescrit pas la publicité de la séparation de corps, ni de la demande, ni du jugement; il aurait donc donné effet, contre les tiers et à leur préjudice, à un jugement que les tiers peuvent ne pas connaître et à partir de la demande que certainement ils ne connaissent point. Pour échapper à cette nouvelle impossibilité, on distingue, dans l'opinion contraire; on enseigne que la séparation de biens résultant de la séparation de corps remonte au jour de la demande en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, mais qu'elle ne peut être opposée aux tiers qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement qui a prononcé la séparation de corps (1). Si, par cette distinction, l'on échappe à la contradiction logique que nous venons de signaler, on se heurte contre une nouvelle difficulté, disons mieux, contre une impossibilité nouvelle. Pour soutenir que la séparation de corps rétroagit quant aux biens, on invoque l'article 1445; or, cet article établit le principe de la rétroactivité dans des termes absolus, sans distinguer entre les époux et les tiers. De quel droit intro-

sont cités par Rodière et Pont, t. III, p. 649, note 2, et par Aubry et Rau, t. V, p. 203, notes 18 et 19, § 494. Comparez un arrêt très-bien motivé de la cour de Limoges, 21 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 83).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 202, notes 18 et 19, § 494, et les auteurs qu'ils citent.

duit-on dans la loi une distinction que ses termes repoussent? Si la séparation de corps, en tant qu'elle entraîne la séparation de biens, est régie par l'article 1445, il faut admettre que le jugement rétroagit à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les époux : distinguer là où la loi ne distingue pas et dans une matière exceptionnelle, c'est faire la loi. Voilà la plus grande des impossibilités. Si l'article 1445 est applicable à la séparation de corps, il faut l'appliquer en son entier à l'égard des tiers comme entre époux, et alors on aboutit à une conséquence aussi inique que contraire à la loi, à savoir que la séparation de biens a effet à l'égard des tiers à partir de la demande, quoique les tiers ne connaissent point la demande. Si l'on n'applique pas l'article 1445 à l'égard des tiers, on ne peut pas l'appliquer entre époux, et si on l'applique, on tombe dans les plus étranges contradictions. Les instances en séparation de corps sont longues, elles peuvent durer des années; si la séparation de corps est prononcée, la communauté aura été dissoute à partir de la demande; dès ce moment, les époux sont séparés de biens, et néanmoins la communauté subsistera à l'égard des tiers. Ainsi il y aura tout ensemble communauté et séparation, les époux seront communs en biens et ils seront séparés de biens! Le législateur n'aurait jamais consacré une pareille anomalie. S'il avait voulu faire rétroagir la séparation de corps quant aux biens, il aurait prescrit la publicité de la demande et il aurait admis la rétroactivité à l'égard des tiers comme entre époux. Quand les interprètes font la loi, ils la font toujours mal, parce qu'ils n'ont pas la liberté d'action qui appartient au législateur : qu'ils se contentent de leur mission, plus modeste, et qu'ils commencent par respecter la loi qu'ils sont chargés d'interpréter.

On a signalé une dernière anomalie dans l'opinion qui admet la rétroactivité en la bornant aux époux. Le mari peut demander la séparation de corps contre la femme; si elle est prononcée, il aura cessé d'être seigneur et maître de la communauté à partir de la demande; la séparation pourra lui être opposée par la femme, à son avantage et

au préjudice du mari. Conçoit-on une demande accueillie par la justice et tournant contre celui qui obtient gain de cause? Troplong répond, en faisant appel à l'honneur et à la délicatesse du mari; il oublie qu'il s'agit de droits pécuniaires, et il oublie que c'est le juge qui est appelé à les régler. On comprend, à la rigueur, que la loi subordonne l'intérêt à un sentiment moral, mais devant le juge les intérêts seuls sont en cause, et il faut laisser là toute autre considération (1).

La jurisprudence est divisée comme la doctrine (2). Il y a trois arrêts récents de la cour de cassation en faveur de l'opinion que nous avons combattue. Nous les récusons. Le premier ne donne aucun motif (3), et nous ne reconnaissons aucune autorité à une décision non motivée. Le second arrêt est intervenu dans une espèce où la femme avait demandé la séparation de biens (4); l'hypothèse n'est pas la nôtre. Le dernier donne un motif, et il se trouve que le motif est erroné. Les jugements, dit l'arrêt, sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent; l'article 1445 ne fait qu'appliquer ce principe général au jugement qui prononce la séparation de biens; il contient donc une disposition de droit commun qu'on peut et qu'on doit appliquer à la séparation de corps (5). Comment la cour de cassation peut-elle répéter dans tous ses arrêts un motif qui a été mille fois réfuté?

La jurisprudence des cours de Belgique est également divisée : elle n'apporte aucun élément nouveau au débat (6).

II. *Conséquences.*

1. QUANT AUX BIENS.

340. La conséquence de la rétroactivité, quant aux biens qui forment la communauté et quant au patrimoine

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 202 et suiv., note 18 § 494.
(2) Voyez l'ancienne jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1945.
(3) Rejet, chambre civile, 5 août 1868 (Dalloz, 1868, 1, 407).
(4) Cassation, 12 mai 1869 (Dalloz, 1869, 1, 270).
(5) Rejet, chambre civile, 18 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 49).
(6) Bruxelles, 8 août 1856, pour la rétroactivité (*Pasicrisie*, 1856, 2, 346). Liége, 10 août 1854, contre (*ibid.*, 1855, 2, 171).

propre des époux, ne souffre aucune difficulté. Puisque le jugement rétroagit au jour de la demande, la séparation de biens existe dès ce moment; donc la communauté est dissoute, et partant elle sera liquidée dans l'état où elle se trouvera au jour de la demande. Si des successions échoient à la femme depuis ce jour et pendant l'instance en séparation, les biens lui resteront propres; c'est parfois en vue d'une hérédité qui va lui échoir que la femme demande la séparation, elle sauvera ainsi les valeurs mobilières qui la composent. Il va sans dire qu'il en serait de même des biens qui écherront au mari (1).

341. La communauté étant dissoute à partir de la demande, le mari cesse de jouir des revenus de la femme; mais comme, de fait, il continuera à percevoir les fruits et les intérêts, il en devra faire la restitution, comme il y serait tenu si, en cas de dissolution de la communauté pour toute autre cause, il percevait les revenus de la femme alors qu'il n'y a plus de communauté. On applique le principe général qui régit les fruits : ils appartiennent au propriétaire et doivent lui être restitués par celui qui les a perçus sans y avoir droit. Il en est de même des intérêts des créances qui seraient restées propres à la femme. Si la femme a des récompenses à exercer du chef de ses propres, elle a droit aux intérêts à partir de la dissolution de la communauté; donc, dans l'espèce, à partir de la demande. En effet, aux termes de l'article 1473, les récompenses dues par la communauté aux époux emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté, et en cas de séparation de biens, la communauté est dissoute à partir de la demande. Toutefois, dans l'opinion commune, l'article 1473 ne s'applique qu'au cas où la femme accepte la communauté; si donc elle y renonçait, elle ne pourrait réclamer les intérêts de ses récompenses que d'après le droit commun, c'est-à-dire en les demandant en justice (art. 1153). C'est une différence entre les récompenses et les propres de la femme; qu'elle accepte ou qu'elle renonce, elle a toujours droit à la res-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 243, n° 94 *bis* II, et tous les auteurs.

titution de ses propres et, par conséquent, à la restitution des fruits et intérêts.

La femme a-t-elle aussi droit aux intérêts de la dot mobilière qui est entrée dans l'actif de la communauté légale? Si elle renonce, elle perd tout droit au mobilier qui est entré de son chef dans la communauté. La question ne peut donc se présenter que dans le cas où la femme accepte. Elle n'a que les droits d'un copropriétaire, c'est-à-dire qu'elle prend la moitié de la masse partageable, mais dans cette masse sont compris les intérêts que le mari a perçus depuis la dissolution de la communauté; en cas de séparation, le mari doit compte de ces intérêts à partir de la demande. Si la femme s'était réservé la reprise de sa dot mobilière en cas de renonciation, aurait-elle droit aux intérêts? Il faut répondre affirmativement, en vertu du principe que le mari doit restituer des intérêts auxquels il n'a plus aucun droit depuis la demande en séparation.

Les droits de la femme aux intérêts et aux fruits reçoivent une restriction. Elle exerce ses droits à partir de la demande en séparation, comme si la communauté était dissoute; par contre, elle doit aussi supporter les charges qui lui incombent après la séparation; or, la femme séparée doit contribuer aux frais du ménage proportionnellement à ses facultés et à celles du mari (art. 1448); de fait, le mari aura payé ces dépenses pendant l'instance en séparation; il pourra donc les porter en compte à la femme pour la part contributoire de celle-ci et les déduire en conséquence des intérêts et fruits qu'il doit restituer (1).

342. Il règne quelque incertitude dans la doctrine et la jurisprudence sur les principes que nous venons d'exposer. Dans l'ancien droit, la question de savoir si le mari doit restituer les intérêts de la dot, c'est-à-dire des propres que la femme reprend, ou du mobilier stipulé propre, était controversée. Pothier était d'avis qu'il fallait s'en rappor-

(1) Aubry et Rau, t, V, p. 401 et note 46, § 516, et les autorités qu'ils citent.

ter à l'arbitrage du juge, qui compensera les intérêts de la dot avec les aliments fournis à la femme pendant l'instance et la part pour laquelle elle doit contribuer aux charges du mariage, lorsqu'il trouvera qu'il n'y a pas grande différence et surtout lorsque l'instance n'a pas duré longtemps. Toullier a raison de rejeter ces tempéraments d'équité, que le juge ne peut plus se permettre sous l'empire de notre législation. Dès que l'on admet que la femme a droit aux intérêts et aux fruits, il faut les lui allouer, sauf à lui porter en compte ce qu'elle doit à raison de sa part contributoire dans les charges (1).

On a objecté que le mari devant supporter les charges du mariage pendant l'instance en séparation, il fallait lui laisser les intérêts de la dot, c'est-à-dire les revenus des propres de la femme, puisque les intérêts sont dus au mari pour l'aider à supporter les charges. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation que Troplong approuve. Dans l'espèce, il s'agissait des intérêts de la dot sous le régime dotal. La dot doit être restituée, mais la loi ne dit pas que la femme a droit aux intérêts de plein droit apres la dissolution du régime par la séparation de biens, elle doit donc les demander en justice. Dès lors il ne peut être question de condamner le mari à restituer les intérêts qui, en droit strict, lui sont dus aussi longtemps qu'il supporte les charges du mariage (2). On ne peut invoquer cet arrêt comme un précédent pour le régime de communauté, les principes des deux régimes étant différents : l'article 1473 donne à la femme les intérêts de plein droit pour ses récompenses, et partant pour les revenus de ses propres, puisque la restitution des propres est comprise parmi les prélèvements au même titre que celle des récompenses (art. 1470). Même sous le régime dotal, la décision de la cour pourrait être contestée. Il n'y a donc pas lieu de s'en prévaloir en l'étendant au régime de communauté. L'argument de Troplong, en tout cas, est insi-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 521. Toullier, t. VII, 1, p. 101, n° 105.
(2) Rejet, 28 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 171). Troplong, t. I, p. 401, n° 1384).

gnifiant. Sans doute les intérêts appartiennent au mari pour supporter les charges du mariage; mais la difficulté consiste à savoir si la rétroactivité du jugement ne doit pas mettre les époux dans la situation où ils seraient, si réellement la communauté avait été dissoute le jour de la demande en séparation. C'est bien là ce que veut dire le principe de la rétroactivité.

L'arrêt de la cour de cassation n'a pas fait jurisprudence. D'abord il est impossible de refuser les intérêts à la femme quand il s'agit de récompenses proprement dites : la loi les fait courir de plein droit à partir de la dissolution de la communauté (art. 1473), donc à partir de la demande en séparation, en vertu de l'article 1445. C'est la décision de la cour de Bruxelles (1), et elle nous paraît à l'abri de toute contestation. Quant aux fruits ou revenus des propres de la femme, la cour de cassation elle-même a jugé que si un créancier du mari les saisit depuis l'introduction de la demande, la saisie tombe. La cour pose en principe que c'est l'état des époux au jour de la demande qu'il faut considérer pour déterminer si les valeurs mobilières provenant des apports de la femme sont légalement rentrées dans ses mains et se trouvent, par conséquent, soustraites aux poursuites des créanciers du mari. Dans l'espèce, un créancier avait saisi, postérieurement à la demande, une créance propre à la femme. La cour décida que, par suite de la rétroactivité, ladite créance avait cessé d'être à la disposition du mari au moment où la saisie était intervenue; le créancier avait donc saisi un bien qui n'appartenait plus à son débiteur (2). Si la créance était dès lors rentrée dans le patrimoine de la femme, c'est à elle aussi qu'appartenaient les intérêts de la créance. Il y a, sur ce point, des arrêts en sens contraire, mais ils n'ont pas d'autorité doctrinale; la cour de Riom nie un principe qui est aujourd'hui universellement admis, elle prétend que le jugement de séparation ne rétroagit pas à l'égard des

(1) Bruxelles, 11 mars 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 918, et *Pasicrisie*, 1831, p. 50).

(2) Cassation, 22 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 267). Comparez Aubry et Rau, t V, p. 401, note 47, § 516; Rodière et Pont, t. III, p. 648, n° 2178.

tiers (1) : pourquoi alors la loi aurait-elle pris tant de soin pour donner de la publicité à la demande en séparation? La cour de Rouen verse dans la même erreur (2); elle parle de droits acquis au créancier, alors que la question est précisément de savoir si le créancier a le droit de saisir.

343. La cour de cassation a appliqué le principe de la rétroactivité aux restitutions que le mari doit faire en vertu de l'article 1477. Aux termes de cette disposition, celui des époux qui divertit ou recèle des effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour, le mari avait détourné des valeurs industrielles qui produisaient des intérêts ou des dividendes, la cour a décidé que ces intérêts et dividendes faisaient partie intégrante des valeurs (3): décision très-juridique, à notre avis, car les fruits d'un fonds sont une partie du fonds et appartiennent, à titre d'accessoire, au propriétaire du fonds. Par identité de raison, les intérêts et dividendes doivent appartenir au propriétaire de l'action. Il ne s'agit pas, dans ce cas, des principes qui régissent les intérêts moratoires; ceux-ci ne sont dus qu'à partir de la demande (art. 1153), tandis que le propriétaire de la créance y a droit en vertu de son droit de propriété.

344. Le principe de la rétroactivité entre époux présente une autre difficulté. En vertu du jugement de séparation, la femme a droit aux reprises que l'article 1471 accorde à la femme commune. Ces prélèvements ou reprises sont une opération préliminaire au partage : peut-elle se faire pendant l'instance en séparation? La négative a été jugée, et avec raison. Si le jugement qui prononce la séparation rétroagit, c'est par une fiction. Il faut voir quel est l'objet de cette fiction et quelles en sont les limites. Le législateur a voulu garantir les droits de la femme contre les dissipations du mari; pour cela, il suffit que le mari ne puisse plus disposer de la communauté et

(1) Riom, 31 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1941).
(2) Rouen, 9 août 1839 (Dalloz, *ibid.*, nº 1942).
(3) Rejet, chambre civile, 5 août 1868 (Dalloz, 1868, 1, 407).

que la femme ait la faculté de faire des actes conservatoires sur les biens de son mari. Ces garanties, elle les a, comme nous le dirons plus loin. Il n'est pas nécessaire que les reprises de la femme soient liquidées et payées avant le jugement. La femme ne pourrait pas le demander, cela est certain; dès lors le mari, en payant les reprises, paye ce qu'il ne doit pas; à la rigueur, il pourrait répéter. Il suit de là que ces payements ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce dont la femme en a profité (1).

La question a été portée devant la cour de cassation dans l'espèce suivante. Le mari cède des biens à lui propres à sa femme en payement de ses droits. Aux termes de l'article 1595, cette cession est permise quand il y a séparation judiciaire, quoique, en règle générale, la vente entre époux soit prohibée. La cession pouvant se faire après la séparation, faut-il conclure de la rétroactivité du jugement que la cession peut se faire pendant l'instance? Non, car la cession est une dation en payement, elle suppose donc qu'il y a lieu de payer les droits de la femme; or, nous venons de dire que jusqu'au jugement le mari n'est pas débiteur, donc il ne peut faire de dation en payement; partant la cession est nulle en vertu de la prohibition établie par l'article 1595. On opposait le principe de la rétroactivité. La cour répond que la loi a voulu conserver à la femme les droits qui peuvent lui échoir pendant l'instance, mais qu'elle n'a pas entendu autoriser une exécution préventive et volontaire de la demande en séparation. Si l'on entendait la rétroactivité en ce sens, on mettrait la loi en contradiction avec elle-même. Elle a prohibé les séparations volontaires; elle ne peut donc pas permettre d'exécuter, par la convention des époux, une séparation qui n'existe pas encore. L'article 1595 s'y oppose également; il accorde un droit à la femme séparée de biens en vertu d'un jugement; on ne peut pas transporter ce droit à la femme demanderesse en séparation

(1) Grenoble, 28 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 137). Aubry et Rau, t. V, p. 402, note 53, § 516.

sans ouvrir la voie aux fraudes et aux collusions que le législateur a voulu prévenir (1).

2. EFFET DE LA RÉTROACTIVITÉ QUANT AUX DETTES.

345. Le mari contracte des dettes pendant l'instance en séparation : tombent-elles dans le passif de la communauté? Non, parce qu'il n'y a plus de communauté; elle est dissoute entre époux à partir de la demande en séparation, en ce qui concerne les biens qui peuvent échoir aux époux, et, par la même raison, elle doit être dissoute quant au passif. La conséquence, en droit, est incontestable, et, en fait, elle est du plus grand intérêt pour la femme. Quel est le but de sa demande? C'est de sauver sa dot et ses reprises du péril qui les menace à raison des désordres des affaires du mari; or, si pendant l'instance le mari pouvait obliger la communauté, il n'y aurait plus aucune garantie pour la femme, sa ruine serait assurée. De droit, les dettes ne peuvent tomber dans une communauté qui n'existe plus. Toutefois les dettes peuvent profiter à la communauté et, par conséquent, à la femme : tel les seraient les dettes que le mari a contractées pour les besoins du ménage; la femme séparée doit contribuer à ces dépenses, quoique faites pendant l'instance; il y aura, de ce chef, un compte entre époux; la femme contribuera aux dettes dont elle tire profit (2).

346. Que faut-il dire des dettes contractées, pendant l'instance, par la femme sans autorisation maritale? Il est certain qu'elles ne tombent pas en communauté. Mais la femme au moins est-elle personnellement obligée? L'affirmative a été jugée par la cour de Bruxelles (3); elle a décidé, en principe, que la femme cesse d'être commune à partir de la demande; que, par suite, elle peut s'obliger sans autorisation maritale, au moins quand il s'agit d'un

(1) Bourges, 25 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 2, 172), et Rejet, chambre civile, 2 juillet 1873 (Dalloz, 1873, 1, 464). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bourges, du 17 avril 1867 (Dalloz, 1868, 2, 23).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 401, note 48, § 516. Colmet de Santerre, t. VI, p. 243, n° 94 *bis* II.

(3) Bruxelles, 21 mars 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 90).

acte d'administration. Cela nous paraît très-douteux. La rétroactivité est une fiction, cette fiction n'a pas été créée pour rendre la femme capable de s'obliger; elle n'a pas besoin de cette capacité pour la garantie de ses droits. C'est donc dépasser la loi que de l'étendre aux obligations que la femme contracterait. L'article 1449 résiste également à cette interprétation; il ne dit pas que la femme a le droit de s'obliger, la femme n'a ce droit qu'à raison de l'administration qu'elle reprend après la dissolution; or, la femme n'administre pas pendant l'instance, donc il est inutile qu'elle ait le droit de s'obliger; on ne conçoit pas même qu'elle s'oblige, puisqu'elle ne s'oblige qu'en administrant, et elle n'administre pas.

3. EFFET DE LA RÉTROACTIVITÉ QUANT AUX ACTES DE DISPOSITION OU D'ADMINISTRATION FAITS PAR LE MARI.

347. Pendant la durée de la communauté, le mari est seigneur et maître des biens communs; il les administre seul et il en dispose sans le concours de la femme. Le mari a aussi l'administration des biens personnels de la femme, et il fait seul tous les actes qui sont réputés actes d'administration. Quand la communauté est dissoute par le jugement qui prononce la séparation, le mari n'est plus qu'un associé relativement aux biens communs, il n'a plus le droit de les administrer, bien moins encore d'en disposer; il cesse aussi d'être administrateur des biens de la femme. Les effets que produit le jugement de séparation rétroagissent-ils au jour de la demande? Il faut répondre affirmativement d'après le texte et l'esprit de la loi. L'article 1445 dit que les effets du jugement remontent au jour de la demande; or, le premier effet du jugement est de dissoudre la communauté et de mettre fin au pouvoir du mari, soit comme chef de la société de biens, soit comme administrateur des biens de la femme. Tel est aussi l'objet de la demande en séparation; c'est parce que l'administration de la communauté et des biens de la femme est ruineuse, que la femme demande que les pouvoirs du mari cessent. Et pourquoi la séparation rétroagit-

elle au jour de la demande? Afin de faire cesser une gestion qui achèverait de ruiner la femme. Donc il faut qu'à partir de la demande le mari cesse d'être seigneur des biens communs et d'administrer les biens de la femme.

348. Autre est la question de savoir quel est le sort des actes que le mari fait pendant l'instance, soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur des biens de la femme. La loi ne s'explique pas sur ce point. Il faut donc décider la question d'après les principes généraux. Le mari n'étant plus, de droit, seigneur des biens communs, ni administrateur des biens de la femme, il en résulte qu'il ne peut plus agir en ces qualités, et les actes qu'il fait sans qualité sont nuls. Quel est le caractère de cette nullité? qui peut s'en prévaloir? C'est uniquement dans l'intérêt de la femme que la loi fait rétroagir le jugement; si donc la séparation remonte au jour de la demande et si, à partir de ce moment, le mari cesse d'être chef de la communauté et administrateur des biens de la femme, c'est encore dans l'intérêt exclusif de la femme. Donc si les actes que le mari fait sans qualité à partir de la demande sont nuls, c'est une nullité essentiellement relative, la femme seule peut s'en prévaloir.

Cela n'est pas douteux. Mais là n'est point la difficulté. On demande si la nullité que la femme invoque est de droit, c'est-à-dire si le tribunal doit la prononcer par cela seul qu'il est établi que l'acte fait par le mari est postérieur à la demande en séparation. Ou faut-il que la femme prouve que ces actes lui sont préjudiciables? La loi ne dit pas que les actes du mari sont nuls, bien moins encore qu'ils sont nuls de droit. On ne pourrait donc admettre cette nullité que si elle résultait des principes. Or, tout ce que la loi veut en faisant remonter les effets de la séparation au jour de la demande, c'est d'empêcher le mari d'achever la ruine de la femme. Cela suppose des actes préjudiciables, des actes qui mettent en péril la dot et les reprises de la femme, ou qui augmentent ce péril. Si l'acte fait par le mari ne cause aucun préjudice à la femme, de quel droit celle-ci l'attaquerait-elle? Dira-t-elle que le mari était sans qualité pour agir et que, partant, ce qu'il a

fait est radicalement nul? Ce serait dépasser la loi et, par conséquent, l'appliquer à une hypothèse pour laquelle certainement elle n'a pas été faite. Le législateur veut seulement que la femme ne soit point lésée par les actes du mari; donc, dans l'esprit de la loi, le mari n'a pas qualité d'agir en ce sens qu'il ne peut pas léser les droits de la femme. S'il ne les lèse pas en agissant, il n'y a plus de motif pour lui refuser qualité d'agir. Au contraire, l'intérêt des époux et l'intérêt général demandent que le mari puisse faire tout acte qui ne porte aucun préjudice à la femme. Remarquons d'abord qu'en attendant que le juge statue sur la demande de la femme, le mari continue, de fait et de droit, à administrer les biens communs et ceux de la femme; on ne peut pas lui opposer que ses pouvoirs cessent par une fiction de la loi, car cette fiction suppose qu'il y a un jugement qui prononce la séparation; tant qu'il n'y a pas de jugement, il est impossible qu'il y ait rétroactivité en vertu du jugement. Le mari reste donc chef et administrateur, lui seul a qualité d'agir; s'il y a lieu de faire un acte concernant la communauté ou les propres de la femme, le mari seul a droit de le faire; le déclarer nul si la séparation est prononcée, c'est le mettre dans l'impossibilité absolue d'agir, même pour faire des actes qui seraient avantageux à la femme. Qui souffrirait de cette impossibilité d'agir? La femme avant tout. La société aussi en souffrirait, puisque les biens communs et les biens de la femme seraient de fait hors du commerce, personne ne voulant traiter avec le mari, même à des conditions avantageuses pour la femme, puisque celle-ci n'en aurait pas moins le droit d'attaquer ces actes. Si la loi permet à la femme d'en demander la nullité, c'est pour sauvegarder les intérêts de la femme; il faut donc que la femme prouve qu'elle est intéressée à en obtenir l'annulation. Nous aboutissons à la conséquence qu'il n'y a pas de nullité de droit: les actes du mari ne sont nuls à l'égard de la femme que lorsqu'ils lui portent préjudice.

Il reste une difficulté, et c'est sur celle-là surtout qu'il y a controverse. Le préjudice suffit-il pour que la femme puisse attaquer les actes, ou faut-il qu'il y ait fraude? et

les tiers doivent-ils être complices de la fraude? Nous croyons que le préjudice suffit; à notre avis, la femme peut attaquer les actes du mari par cela seul qu'ils lui sont préjudiciables, quand même le mari aurait agi sans esprit de fraude et que les tiers seraient de bonne foi. Cela résulte de l'essence même de la séparation de biens. Pourquoi la loi permet-elle à la femme de la demander? Est-ce parce que le mari fait fraude à ses droits? Du tout; la loi n'exige pas même que la femme prouve la mauvaise gestion du mari (n°s 220 et 225). Il se peut qu'il n'y ait pas mauvaise gestion, bien moins encore fraude. La femme a le droit d'agir en séparation dès que l'état des affaires du mari compromet sa dot et ses reprises. Pour que la femme soit mise à l'abri de ce danger, la loi veut que la séparation rétroagisse au jour de la demande. Donc il suffit qu'il y ait péril pour que la femme jouisse du bénéfice de la rétroactivité. Cela n'implique aucune fraude. Dès que les actes du mari lui sont préjudiciables, la femme peut agir; elle le peut donc quand même les tiers qui ont traité avec le mari seraient de bonne foi. Vainement invoque-t-on l'intérêt des tiers : la loi y a pourvu en prescrivant la publicité de la demande; les tiers sont avertis que la séparation est demandée et qu'elle rétroagira si elle est prononcée; c'est à eux de voir s'ils peuvent traiter en sûreté avec le mari. Dans notre opinion, les tiers peuvent contracter en toute sécurité dès que l'acte ne porte pas préjudice à la femme.

349. La doctrine que nous venons d'exposer n'est pas celle des auteurs ni celle de la jurisprudence. Les auteurs ne sont pas d'accord. Il y en a qui semblent admettre une rétroactivité absolue; Battur et Toullier enseignent que le jugement rétroagit contre les tiers comme entre époux (1). Toutefois ce serait dépasser leur pensée, nous semble-t-il, que d'admettre que, dans leur opinion, les actes du mari sont nuls de droit; ils ne discutent pas la question, et il est bien dangereux, en droit, de procéder par voie d'induction et de conclure de ce que dit un auteur

(1) Battur, t. II, p. 335, n° 650. Toullier, t. VII, 1, p. 98, n°s 101 et 102.

qu'il accepte toutes les conséquences qui résultent de ses paroles.

La plupart des auteurs distinguent entre les actes de disposition et les actes d'administration. Ils admettent que les actes d'administration sont valables, à moins que le mari ne les ait faits en fraude des droits de la femme ; tandis que les actes de disposition sont nuls par cela seul que le mari n'avait pas le droit de les faire (1). Sur quoi cette distinction est-elle fondée? Ce n'est pas sur le texte de la loi, car elle ne dit pas que la séparation rétroagit quant aux actes de disposition et qu'elle ne rétroagit pas quant aux actes d'administration. Est-ce que l'esprit de la loi commande cette distinction? Pas davantage. La loi ne veut empêcher qu'une chose, que les actes du mari ne portent préjudice à la femme ; donc sans préjudice, la femme est sans droit. Si les actes de disposition lui sont préjudiciables, elle agira et elle en obtiendra l'annulation en prouvant qu'elle est lésée. Mais si l'aliénation ne lui est pas préjudiciable, pourquoi aurait-elle le droit de l'attaquer? On dira que le mari n'avait plus le droit de disposer, puisque la communauté est dissoute au moment où il dispose. Nous répondons qu'il n'est pas vrai de dire que le mari soit sans droit aucun ; tout le monde admet qu'il a un droit, il s'agit seulement d'en préciser la limite. Cela nous paraît si évident que nous supposons que les auteurs ont sous-entendu la condition du préjudice. Mais. dans une science exacte comme la nôtre, il vaut mieux dire les choses que de les sous-entendre.

Quant aux actes d'administration, on dit qu'il est nécessaire de les valider, parce qu'il y a nécessité pour le mari d'administrer pendant l'instance, et lui seul en a le droit. Si ce motif justifiait la distinction, il faudrait la restreindre aux actes nécessaires et annuler les actes qui ne le sont point. Or, les auteurs que nous combattons validen tous les actes d'administration, pourvu qu'ils ne soient pas frauduleux. C'est introduire dans la loi une distinction qui n'y est point. C'est de plus rendre la ga-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 402, notes 49-52, § 516. Rodière et Pont, t. III p. 646, n°s 2177 et 2178. Colmet de Santerre. t. VI, p. 243, n° 94 *bis* II.

rantie de l'article 1445 à peu près illusoire. Remarquons d'abord qu'il était inutile de dire que la femme peut attaquer les actes que le mari fait en fraude de ses droits pendant l'instance en séparation, elle le peut en vertu du droit commun (1). Si donc la loi lui permet d'attaquer les actes d'administration, elle a dû lui accorder un droit spécial; nous avons dit quel est ce droit spécial; il consiste à empêcher le mari, dès le jour de la demande en séparation, de causer un préjudice à sa femme; par conséquent, la femme doit avoir le droit d'agir dès qu'il y a préjudice. On invoque la bonne foi des tiers. Nous avons dit bien des fois que l'on abuse singulièrement de la bonne foi des tiers, comme si la bonne foi légitimait tout, même les actes de ceux qui n'ont aucun droit de faire ce qu'ils ont fait : le mari est sans qualité d'agir, à partir de la demande en séparation, en ce sens qu'il ne peut plus faire aucun acte qui porte préjudice à la femme : est-ce que la bonne foi des tiers peut avoir pour effet de valider ce que le mari fait au préjudice de sa femme? La question n'a pas de sens.

350. La jurisprudence est divisée et, il faut le dire, sans principe aucun. Il a été jugé que la vente d'un fonds de commerce, faite par le mari pendant l'instance en séparation, est nulle. La cour de Rennes établit en principe que, pendant la litispendance, les droits du mari, comme chef et administrateur, sont suspendus (2). L'article 1445 ne dit pas cela; ce serait rendre impossible tout acte d'administration, même le plus nécessaire, le plus avantageux à la femme. La cour ne recule pas devant cette conséquence : les tribunaux, dit-elle, ne peuvent autoriser que les actes conservatoires. Il est vrai que la femme avait requis l'apposition des scellés, mais la femme peut-elle rendre l'administration du mari impossible sous le prétexte d'une mesure de conservation? Il y a une décision en sens contraire du tribunal de la Seine, qui a jugé que le mari peut vendre un fonds de commerce pendant l'in-

(1) Rejet, chambre civile, 30 juin 1807 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1932).
(2) Rennes, 3 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1933).

stance, pourvu que ce soit sans fraude (1). La cour de Bruxelles s'est aussi prononcée pour la validité de la vente d'une maison. Elle se fonde sur le motif qui, à notre avis, est le véritable, c'est que la vente n'était pas préjudiciable à la femme (2).

350 *bis*. La même divergence existe quant aux actes d'administration. Il a été jugé que le bail d'un moulin était nul, quoiqu'il eût été fait sans fraude; la cour dit que, d'après les circonstances de la cause, c'était un acte de mauvaise gestion; puis elle ajoute que le bail était suspect, comme ayant été consenti après la publication de la demande en séparation (3). On ne sait pas, en définitive, si le bail était fait en fraude de la femme ou non, ni même s'il était préjudiciable à la femme.

La cour de Rennes a décidé, au contraire, en termes absolus, que le bail est valable, à moins qu'il ne soit frauduleux (4). C'est également dépasser la loi, puisqu'un bail, quoique fait sans fraude, peut porter préjudice à la femme, et c'est le préjudice que l'article 1445 a voulu empêcher; quant à la fraude, les principes généraux de droit et l'article 1167 y avaient suffisamment pourvu.

Une autre cour a posé en principe que le mari conserve l'administration, puisque la femme ne la reprend qu'à partir du jugement; la femme n'ayant pas le droit d'administrer ses biens, il faut que le mari l'ait, car il ne saurait rester en suspens. Cela est très-vrai, mais il faut concilier cet état de choses avec la rétroactivité du jugement qui prononce la séparation. La cour arrive à une conclusion inadmissible, c'est que la rétroactivité ne concerne que les fruits des biens, et les biens qui pourraient échoir à la femme pendant l'instance; qu'elle est étrangère aux actes d'administration que ferait le mari après la demande en séparation. C'est limiter et restreindre un texte conçu dans des termes généraux, et c'est laisser la femme sans

(1) Jugement du tribunal de la Seine, 22 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1934).

(2) Bruxelles, 6 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1935, et *Pasicrisie*, 1820, p. 9).

(3) Riom, 20 février 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1929).

(4) Rennes, 2 janvier 1808 (Dalloz, *ibid.*, n° 1381).

garantie contre les actes de mauvaise gestion, alors que le but de la loi était de garantir ses intérêts. La cour n'avait pas besoin de cette fausse théorie pour maintenir l'acte litigieux, car elle constate en fait que le bail attaqué par la femme lui était avantageux, cela suffisait pour rejeter l'action en nullité (1).

La cour d'Angers a jugé que le mari ne pouvait faire que les actes strictement nécessaires. C'est encore restreindre une loi générale et c'est y apporter une restriction sans aucun profit pour la femme : pourquoi ne pas maintenir les actes qui lui sont avantageux, quoiqu'ils ne soient pas précisément nécessaires? Dans l'espèce, il s'agissait d'un bail, et la cour déclare qu'il est préjudiciable et frauduleux (2); c'était un motif péremptoire pour l'annuler, sans qu'il fût besoin de recourir à la théorie des actes nécessaires.

351. Le code de procédure autorise la femme à provoquer les mesures conservatoires de ses droits (art. 869). Est-ce un droit analogue à celui que l'article 270 accorde à la femme demanderesse ou défenderesse en divorce? Elle peut, aux termes de cet article, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets de la communauté; les scellés ne sont levés qu'en faisant inventaire avec prisée et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire (3). Il est douteux que cette disposition soit applicable à la demande en séparation de biens. Quand il y a une action en divorce ou en séparation de corps, la haine qui divise les époux fait tout craindre et justifie toutes les précautions. Il n'en est pas de même en cas de séparation de biens. Les mesures conservatoires que le code de procédure autorise sont celles qui se concilient avec le pouvoir d'administration du mari. Telle serait une opposition entre les mains des débiteurs de la femme (4); le mari peut, à la rigueur, admi-

(1) Poitiers, 21 mai 1823 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1928).
(2) Angers, 16 août 1820 (Dalloz, *ibid.*, n° 1930).
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 402, note 52, § 516 (4e éd.).
(4) Colmet de Santerre, t. VI, p. 244, n° 94 *bis* III.

nistrer les biens de la femme sans que les débiteurs payent, mais comment administrerait-il la communauté si tous les effets mobiliers qui la composent étaient mis sous scellé? La loi ne définissant point les actes conservatoires que la femme est autorisée à faire, il appartient aux tribunaux de concilier les intérêts de la femme avec les nécessités de l'administration qui reste confiée au mari.

4. DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DE LA COMMUNAUTÉ.

352. La femme, après la dissolution de la communauté, a la faculté de l'accepter ou d'y renoncer (article 1453). Peut-elle exercer ce droit pendant l'instance en séparation? On l'admet généralement. Dans l'ancien droit, il était d'usage que la femme fît sa déclaration de renonciation le jour même de la demande en séparation (1). La jurisprudence a consacré cette tradition (2). Mais comme la femme a aussi le droit d'accepter, il faut lui reconnaître ce droit pendant la durée de l'instance ; telle est, en effet, la doctrine et la jurisprudence (3). Elle nous laisse quelque doute. La loi ne donne le droit d'option à la femme qu'après la dissolution dela communauté ; il est d'ailleurs de principe que l'on ne peut exercer un droit que lorsqu'il est ouvert. On dit que, par suite de la rétroactivité, la communauté est censée dissoute dès le jour de la demande. Mais cette dissolution n'est que fictive ; en réalité, la communauté subsiste. Il faut donc voir quel est le but de la fiction et quelles en sont les limites. La loi veut garantir les droits de la femme ; elle lui permet, en conséquence, d'attaquer les actes que le mari ferait à son préjudice pendant l'instance en séparation : cela suffit pour sauvegarder ses intérêts. Est-ce que la renonciation lui donne une garantie de plus? Et pourquoi la femme accepterait-elle, alors que l'acceptation ne lui

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 521.
(2) Orléans, 14 novembre 1817 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1943). Troplong, t. II, p. 5, n° 1507.
(3) Rodière et Pont, t. II, p. 314, n° 1041. Lyon, 24 décembre 1829, et Rejet, 21 juin 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2123).

donnerait aucun droit? Elle ne pourrait certes pas demander le partage, ce qui prouve que la rétroactivité a des limites. Dès que la femme est sans intérêt à considérer la communauté comme dissoute, la fiction n'a plus de raison d'être; on rentre, par conséquent, dans la réalité des choses. Si donc la femme, après avoir accepté ou renoncé pendant l'instance, avait intérêt à revenir sur ce qu'elle a fait, nous croyons qu'elle en aurait le droit.

§ VI. *Du rétablissement de la communauté.*

N° 1. CONDITIONS.

353. « La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties » (art. 1451). Pourquoi la loi permet-elle de rétablir la communauté, alors qu'un jugement en a prononcé la dissolution? Pothier répond que le retour à la loi du contrat de mariage est favorable. Le vœu de la loi est que les conventions matrimoniales ne reçoivent aucun changement. Si elle donne à la femme le droit de demander la séparation de biens, c'est que les faits prouvent que la société formée par les époux n'atteint pas le but que les conjoints avaient en vue, le désordre des affaires du mari faisant craindre que la dot et les reprises de la femme ne soient compromises. Il importe alors de mettre fin à un régime qui plongerait toute la famille dans la misère. Mais cette situation peut changer; le mari peut revenir à meilleure fortune, il peut se corriger de ses habitudes de dissipation. Il importe alors aux deux époux et aux enfants que la communauté soit rétablie, puisque l'association des conjoints est plus favorable à la prospérité commune que l'état de séparation (1).

354. La loi exige le consentement des deux parties. Comme c'est la femme qui demande la séparation, on

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 523. Duveyrier reproduit les paroles de Pothier (*Rapport*, n° 35, dans Locré, t. VI, p. 424). Troplong, t. I, p. 424, n° 1463.

pourrait croire que son consentement doit suffire pour la faire cesser. Dans l'ancien droit, cette prétention s'était fait jour ; il a été jugé que la communauté ne pouvait pas être rétablie par la volonté seule de la femme qui se désisterait de la sentence de séparation. En effet, la communauté est une convention, et il n'y a pas de convention sans concours de consentement ; la convention qui avait formé la communauté étant dissoute, il faut un nouveau concours de consentement pour la rétablir. Cela est aussi fondé en raison. Le jugement qui a prononcé la séparation donne des droits aux époux ; ils ne peuvent pas en être privés sans leur volonté : le mari peut préférer la séparation à la communauté, et il serait injuste de la rétablir malgré lui. A plus forte raison le mari ne peut-il pas contraindre la femme à rétablir la société de biens, quand même il prouverait que le désordre de ses affaires a cessé et qu'il n'y a plus rien à craindre pour la dot et les reprises de la femme (1).

355. La loi exige que le consentement des époux soit constaté par un acte passé devant notaire et avec minute (art. 1451). Cette formalité est requise, même dans le cas où la séparation de biens est une conséquence de la séparation de corps. Les époux peuvent toujours rétablir la vie commune ; il suffit qu'ils y consentent, aucune formalité n'est requise. On pourrait croire que la vie commune étant rétablie, la séparation de biens n'a plus de raison d'être, puisqu'elle n'est qu'une conséquence de la séparation de corps : pourquoi, la cause cessant, l'effet subsiste-t-il jusqu'à ce que les époux aient consenti par acte authentique au rétablissement de la communauté? Il y a de cela un motif de droit et une raison morale. Les conventions matrimoniales sont un acte solennel ; or, le rétablissement de la communauté est un nouveau contrat de mariage : un régime fait place à un autre ; il faut donc une convention authentique, dans l'esprit de la loi. C'est le seul moyen de s'assurer que les époux consentent libre-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 526. Colmet de Santerre, t. VI, p. 265, n° 103 *bis* III.

ment à ce que la société de biens soit rétablie; il ne faut pas qu'elle le soit malgré eux; ils peuvent avoir intérêt à maintenir la séparation de biens, et si la société des personnes avait pour conséquence nécessaire la société de biens, ils pourraient préférer de rester séparés de corps; la loi qui favorise la réunion des époux devait donc leur laisser une entière liberté pour ce qui concerne le règlement de leurs intérêts pécuniaires. L'intervention d'un officier public dans l'acte qui rétablit la communauté garantit la liberté des parties contractantes et assure en même temps l'irrévocabilité de leurs conventions; un acte sous seing privé peut être facilement détruit, de sorte qu'il dépendrait des époux de maintenir la communauté ou de revenir à la séparation de biens, ce qui est contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). C'est pour le même motif que l'acte authentique doit être reçu en minute.

356. La loi veut de plus qu'une expédition de l'acte soit affichée dans la forme de l'article 1445. Cette condition est prescrite dans l'intérêt des tiers. Le rétablissement de la communauté rend au mari les pouvoirs sur les biens communs et sur les biens personnels de la femme qu'il avait perdus par la séparation. De son côté, la femme perd l'administration et la jouissance de ses biens; elle change réellement d'état, car elle était affranchie de la puissance maritale en ce qui concerne l'administration de ses propres, elle retombe sous cette puissance en rétablissant la communauté. Les tiers ont grand intérêt à connaître la situation nouvelle des deux époux.

Quelles sont les formes qui doivent être observées pour la publicité de la convention qui rétablit la communauté? L'article 145 renvoie à l'article 1445; cette disposition a reçu un complément par l'article 872 du code de procédure. De là la question de savoir si l'on doit observer, pour le rétablissement de la communauté, les formalités que l'article 872 prescrit pour la publicité du jugement de séparation. La négative est certaine. Il y avait, sans doute,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 264, nos 103 *bis* II et III.

même raison d'étendre à la convention qui rétablit la communauté les formes que la loi prescrit pour rendre la séparation publique, mais le législateur ne l'a pas fait. C'est un oubli, et il n'appartient pas à l'interprète de combler la lacune, puisque ce serait créer des nullités, c'est-à-dire faire la loi. La convention qui rétablit la communauté peut donc être opposée aux tiers, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique dans la forme de l'article 872, pourvu que les formes de l'article 1445 aient été remplies (1). Il va de soi que la communauté ne serait pas rétablie à l'égard des tiers si la convention n'avait été publiée conformément à l'article 1445 (2). On aboutit, dans ce cas, à un singulier résultat ; c'est que la communauté est rétablie entre les époux, tandis qu'à l'égard des tiers ils restent séparés de biens ; c'est l'effet habituel que produit le défaut de publicité. Quand la publicité prescrite par notre loi hypothécaire pour les conventions matrimoniales n'a pas eu lieu, la même conséquence se produit : les clauses qui dérogent à la communauté légale n'ont aucun effet à l'égard des tiers, tandis qu'elles sont valables entre les parties. Il y a encore une anomalie apparente qu'il faut expliquer. Lorsque les formalités exigées pour la publicité du jugement de séparation n'ont pas été remplies, le mari peut s'en prévaloir et opposer la nullité de la séparation. Pourquoi ne peut-il pas se prévaloir de la nullité de la convention qui rétablit la communauté quand les formes n'ont pas été remplies? La raison en est très-simple : c'est qu'il est partie à la convention qui rétablit la communauté; or, les parties ne peuvent pas se prévaloir de l'inobservation de formes qu'elles-mêmes sont chargées de remplir, alors que ces formes sont établies dans l'intérêt des tiers (3).

357. L'article 1451 prescrit encore une condition très-essentielle pour la validité de la convention qui rétablit

(1) La question est cependant controversée. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 410, note 82, § 516. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Colmet de Santerre, t. VI, p. 265, n° 103 *bis* III.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 410 et suiv., note 83, § 516 (4e éd.).
(3) Comparez Rodière et Pont, t. III, p. 682, n° 2230.

la communauté ; il porte : « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle. » Il faut donc que la communauté soit rétablie telle qu'elle existait en vertu des conventions matrimoniales des époux, expresses ou tacites. La loi suppose que les époux s'étaient mariés sous le régime de la communauté légale, puisqu'elle traite de la séparation de biens dans la première partie du chapitre II, consacrée au régime en communauté ; par conséquent, les époux devront rétablir la communauté légale sans pouvoir la modifier en quoi que ce soit. C'est une conséquence de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La loi ne fait qu'une exception à ce principe, c'est que le régime adopté par les époux peut être dissous par la sentence du juge qui prononce la séparation de biens. Mais si les époux veulent rétablir le régime qu'ils avaient adopté, ils doivent le rétablir en son entier ; s'il leur était permis de le modifier, les conventions matrimoniales seraient changées par la volonté des parties contractantes, ce qui est défendu par l'article 1395. Il y a encore une autre considération qui devait engager le législateur à maintenir strictement la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, dans le cas où des époux communs en biens sont séparés judiciairement : c'est que la femme aurait pu s'entendre avec son mari pour demander une séparation simulée, afin de changer ensuite leurs conventions primitives ; il fallait empêcher cette fraude à la loi ; c'est pour cela que l'article 1451 frappe de nullité la convention qui, en rétablissant la communauté, modifierait le régime adopté lors du mariage. Ce que la loi dit en vue de la communauté légale s'applique à la communauté conventionnelle, les deux régimes n'en faisant réellement qu'un seul, que la loi appelle *régime en communauté*. Le même principe recevrait encore son application au régime exclusif de communauté et au régime dotal, sous lesquels la femme peut aussi demander la séparation de biens ; peu importe que l'article 1451 soit placé sous la rubrique *De la communauté légale;* il n'est qu'une conséquence du principe de

l'immutabilité des conventions matrimoniales et ce principe domine tous les régimes (1).

358. L'article 1451 déclare nulle toute convention qui rétablirait la communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement. Quelle est la portée de cette nullité? Est-ce le rétablissement même de la communauté qui est annulé, de sorte que la séparation continue? ou la communauté est-elle rétablie telle qu'elle existait en vertu des conventions matrimoniales, de sorte qne la clause qui y déroge est seule frappée de nullité? La question est controversée. Nous croyons que le texte la décide. En effet, la loi annule *la convention* par laquelle les époux rétablissent leur communauté sous des conditions différentes, ce qui s'entend de la convention même qui rétablit la communauté et non de la clause dérogatoire. On le nie vainement (2). De quoi la loi vient-elle de parler? Elle exige le concours de consentement des deux époux, donc une *convention;* de plus, elle veut que cette *convention* soit reçue par un acte authentique; puis elle prononce la nullité de la *convention* qui rétablit la communauté sous des conditions différentes; c'est frapper de nullité la *convention* que la loi exige comme condition essentielle du rétablissement de la communauté. Cette interprétation est aussi en harmonie avec les principes généraux de droit. L'article 1172 déclare nulle la convention qui dépend d'une condition contraire à la loi; or, les époux font dépendre le rétablissement de la communauté d'une condition que la loi prohibe, puisqu'ils ne consentent à la rétablir qu'avec des modifications, alors que la loi prohibe tout changement. On nie encore qu'il y ait condition illicite. Dans les termes, il n'y en a pas, cela est vrai, mais il faut voir ce que veulent les parties. Elles veulent une communauté autre que celle qu'elles avaient primitivement stipulée, elles veulent donc une chose illicite, et c'est sous cette condition qu'elles traitent; puisqu'elles rétablissent la communauté en la modifiant, il faut

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 265, n° 103 *bis* IV.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 411, note 85, § 516, et les autorités qu'ils citent.

croire qu'elles ne l'auraient pas rétablie sans ces modifications. Si donc la loi maintenait le rétablissement de la communauté en effaçant les modifications que les époux y ont apportées, elle changerait la convention des époux ; le législateur ne fait cela que dans les donations et les testaments où il efface les conditions illicites. C'est une exception qu'il faut bien se garder d'étendre, car la loi ne doit pas altérer les conventions des particuliers, elle doit les sanctionner si elles sont valables et les annuler si elles vicient une disposition prescrite sous peine de nullité. Les parties n'ont pas le droit de s'en plaindre : elles ont fait ce qui leur était défendu, elles n'ont point fait ce qui leur était permis; le législateur respecte leur volonté tout en l'annulant (1).

N° 2. EFFET DU RÉTABLISSEMENT DE LA COMMUNAUTÉ.

359. Le rétablissement de la communauté est un changement de régime; en principe, le régime nouveau ne devrait avoir d'effet que pour l'avenir. Cependant la loi décide qu'entre époux la communauté est rétablie comme si elle n'avait pas été dissoute : « La communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation. » Pourquoi la loi fait-elle rétroagir la convention qui rétablit la communauté? C'est encore pour empêcher les séparations simulées. L'un des époux attend une succession mobilière, on veut la soustraire à l'action des créanciers; dans ce but, la femme demande la séparation de biens et, par suite, le mobilier héréditaire lui reste propre. Puis, les époux conviennent de rétablir leur communauté; si le rétablissement n'avait effet que pour l'avenir, la succession resterait propre à la femme et les créanciers de la communauté n'y auraient aucun droit; ce serait faire fraude à leurs droits si, en réalité, comme on le suppose, il n'y avait pas de cause légitime de séparation.

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 266, n° 103 *bis* VI. C'est aussi l'avis de Delvincourt, de Battur et de Troplong.

La loi n'a pas voulu favoriser des conventions qui tendraient à violer la loi en l'éludant. Elle sanctionne les conventions sérieuses; s'il y a des raisons légitimes de rétablir la communauté, elle admet qu'elle soit rétablie, mais de manière que les époux ne se servent pas de la loi pour frauder les droits des tiers. La rétroactivité est aussi en harmonie avec le principe de l'irrévocabilité ou de l'unité des conventions matrimoniales; le vœu de la loi est qu'il n'y ait qu'un régime; si elle autorise la séparation de biens, c'est pour sauvegarder les droits de la femme; or, quand les époux rétablissent la commmunauté après qu'elle a été judiciairement dissoute, cela prouve que la dot et les reprises de la femme ne sont pas en péril, dès lors la séparation de biens n'a plus de raison d'être; elle tombe avec les causes qui la justifiaient provisoirement.

360. La communauté est aussi rétablie rétroactivement à l'égard des tiers, en ce sens que les créanciers du mari auront action sur les biens qui pendant la séparation sont échus aux époux, car ces biens sont censés avoir toujours fait partie de la communauté. De même les dettes contractées par le mari pendant la séparation seront des dettes de communauté. La loi ne fait qu'une exception à ce principe; elle maintient les actes qui ont été faits par la femme pendant la séparation, en conformité de l'article 1449 ; c'est une application des principes qui régissent la validité des actes. Tout acte fait en vertu de la loi et conformément à ses dispositions est valable, et la loi lui doit sa sanction. Or, la loi autorise la femme séparée judiciairement à administrer ses biens et à aliéner son mobilier; les actes faits par la femme, en vertu de l'article 1449, valables dans leur principe, doivent donc être maintenus, malgré la rétroactivité (1). Il en résulte une anomalie apparente : la femme est censée avoir toujours été commune, puisque la communauté reprend son effet du jour du mariage; elle a donc toujours été sous la puis-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 528. Colmet de Santerre, t. VI, p. 266, n° 103 *bis* V.

sance maritale et, logiquement, il en faudrait conclure qu'elle n'a pu faire aucun acte sans autorisation du mari. Mais la rétroactivité n'est qu'une fiction; or, les fictions sont toujours en opposition avec la réalité des choses, on ne peut jamais les pousser jusque dans leurs dernières conséquences; il faut, au contraire, les renfermer dans les limites légales, c'est-à-dire ne pas les appliquer à un ordre de choses pour lequel elles n'ont pas été établies. Dans l'espèce, la fiction de la rétroactivité n'a rien de commun avec les actes que la femme a faits pendant qu'elle était séparée de biens; partant la rétroactivité n'empêche pas de maintenir ces actes.

SECTION VI. — De l'acceptation et de la répudiation de la communauté.

§ Ier. *Du droit d'option.*

361. « Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer (art. 1453). » Cette faculté est contraire au droit commun qui régit les sociétés; la femme, en renonçant, se décharge de toute contribution aux dettes sociales; dans les sociétés ordinaires, il n'est pas permis à un associé de se libérer des dettes de la société en abandonnant sa part dans les bénéfices et ses apports. La femme acceptera si la communauté est bonne, elle renoncera si la communauté est mauvaise : droit exorbitant qui permet à un associé de maintenir ou de rompre le contrat, selon son intérêt (1).

Cette exception est un vrai privilége, car c'est la femme seule qui en jouit. Elle se justifie du reste parfaitement. Si la femme a une situation privilégiée lorsque la communauté se dissout, par contre elle est hors du droit commun tant que la communauté dure. Le mari est seigneur des biens communs; il en dispose en maître absolu, il peut dissiper la communauté ou la grever de dettes au delà de

(1) Mourlon, t. III, p. 88, n° 208. Troplong, t. II, p. 2, n° 1488.

son avoir, sans que la femme ait le droit de s'y opposer. Quelle est donc la position de la femme? Elle met dans la société sa fortune mobilière, la jouissance de ses immeubles et son travail; le seul droit qu'elle ait en compensation, c'est une espérance : elle partagera les bénéfices, s'il y en a, et elle peut perdre tout ce qu'elle a apporté en mariage si le mari a tout dissipé. Il serait de toute iniquité que la femme, restée étrangère à la gestion qui a ruiné la communauté, fût forcée d'en accepter les désastreux résultats. Le droit d'option est donc, comme le dit Duveyrier, non point de justice libérale, mais d'équité rigoureuse (1). Le mari qui a seul géré doit aussi seul répondre de sa gestion si elle a abouti à la ruine de l'association; c'est la conséquence naturelle du pouvoir absolu dont il jouit.

362. Ce ne sont cependant pas ces motifs de justice qui ont fait introduire le droit d'option; on pourrait croire que c'est le hasard des croisades, si la main de Dieu n'éclatait dans ces guerres sacrées : entreprises pour la conquête d'un tombeau, elles commencèrent la ruine du catholicisme qui les avait inspirées et, conduites par la noblesse féodale, elles ruinèrent la féodalité et inaugurèrent le regne de l'égalité et de la liberté. Cet immense bouleversement eut aussi son contre-coup dans les relations privées. Les barons, obligés de s'endetter pour supporter les frais des voyages d'outre-mer, laissaient à leurs veuves des communautés obérées. Fallait-il que les frais des guerres saintes retombassent sur les femmes? On leur permit de répudier des charges et des dépenses auxquelles elles étaient restées tout à fait étrangères. Dans le principe, le droit de renoncer ne formait pas le droit commun; établi à l'occasion des croisades, c'était un privilége pour les veuves de ceux qui s'étaient mis à la tête de ces pieuses aventures. L'ancienne coutume de Paris portait : « Il est loisible à une noble femme, extraite de noble lignée et vivant noblement, de renoncer, si bon lui semble, après

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 20 (Locré, t. VI, p. 393). Duveyrier, *Rapport*, n° 36 (Locré, t. VI, p. 424).

le trépas de son mari, à la communauté. » Le rapporteur du Tribunat s'indigne de cet absurde privilége ; il ne réfléchit point que le droit d'option n'avait pas été établi pour des raisons de justice et d'équité, les circonstances historiques qui lui avaient donné naissance devaient le limiter aux femmes nobles. Mais Duveyrier a raison de dire que la justice marche toujours à côté des lumières et de la raison ; ce qui était un privilége de la noblesse dans l'ancienne coutume de Paris devint le droit commun dans la coutume nouvelle (1).

363. Le droit d'option qui, en apparence, doit son origine aux hasards d'une guerre aussi insensée que pieuse, finit par devenir un principe essentiel du régime de communauté. Il est d'ordre public ; par suite l'article 1453 dit que toute convention contraire est nulle. Il n'est pas permis aux parties contractantes de déroger aux lois qui concernent l'ordre public (art. 6), pas même aux futurs époux par leur contrat de mariage, le plus favorable des contrats. Tant que le mari jouira d'un pouvoir absolu comme chef de la communauté, la femme devra avoir le droit de renoncer à une communauté à l'administration de laquelle elle ne prend aucune part. Or, ce pouvoir du mari comme chef est une dérivation de la puissance maritale et, en ce sens, il est d'ordre public. Et si la femme a le droit de renoncer, c'est à raison de la dépendance où elle se trouve sous le régime de communauté, dépendance qui résulte de la puissance à laquelle elle est soumise ; donc son droit d'option est aussi d'ordre public.

Cependant ce droit, qui a une si grande importance en théorie, est presque inutile en pratique. La femme a un autre droit qui sauvegarde pleinement ses intérêts, alors même qu'elle accepte une communauté obérée, c'est le bénéfice d'émolument, en vertu duquel elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle retire de la communauté, pourvu qu'elle fasse inventaire. Ce bénéfice lui permet d'accepter sans qu'elle coure aucun

(1) Troplong, t. II, p. 2, nos 1489 et 1490. Pothier, *De la communauté*, no 550. Duveyrier, *Rapport*, no 36 (Locré, t. VI, p. 424).

risque. Elle n'est tenue au delà de son émolument que lorsqu'elle néglige de faire inventaire. Dans ce cas, elle perd aussi son droit de renoncer. Régulièrement donc la femme fera inventaire si elle craint que la communauté ne soit mauvaise, et alors elle jouira de son bénéfice d'émolument.

Toutefois il ne faudrait pas conclure de là que la femme n'est jamais intéressée à renoncer. Si la communauté est évidemment mauvaise, pourquoi la femme se chargerait-elle de la liquider? Elle n'a pas le droit, qui appartient à l'héritier bénéficiaire, de faire abandon des biens aux créanciers. Si donc elle acceptait, elle serait obligée de liquider; en renonçant, elle se débarrasse d'une charge onéreuse. Elle peut avoir un plus grand intérêt à renoncer, si elle a stipulé dans son contrat de mariage qu'en cas de renonciation elle aura le droit de reprendre ses apports. C'est une clause de communauté conventionnelle sur laquelle nous reviendrons. La femme qui renonce perd régulièrement tout droit sur le mobilier qui y est entré de son chef; elle peut stipuler le droit de le reprendre en renonçant (1).

364. La loi frappe de nullité *toute convention* contraire au droit d'option. Comment faut-il entendre cette disposition? Il est certain que la femme ne peut renoncer d'une manière générale à son droit d'option; mais on enseigne que rien n'empêche la femme d'intervenir dans une convention qu'un tiers fait avec son mari et de consentir à être tenue envers le créancier malgré la renonciation éventuelle qu'elle ferait. Nous doutons que cela soit exact. C'est une convention contraire à l'effet de la renonciation que la femme a le droit de faire; elle déroge donc partiellement au droit d'option; or, la loi décide en termes absolus que *toute* convention contraire est nulle, donc une dérogation partielle aussi bien qu'une dérogation totale. On objecte que la convention que nous déclarons nulle n'est pas plus dangereuse pour la femme que l'engagement qu'elle con-

(1) Duranton, t. XIV, p. 572, n° 437. Rodière et Pont, t. II, p. 438, n° 1149.

tracterait avec son mari. Elle peut s'obliger avec lui, au besoin solidairement; dans ce cas, elle sera tenue à l'égard du créancier malgré sa renonciation (art. 1494); pourquoi ne pourrait-elle pas déclarer dans le contrat qu'elle sera tenue au cas où elle renoncerait (1)? Il y a une différence: la femme s'engagera plus facilement sous condition, c'est-à-dire au cas où elle renoncerait; car elle espère, en s'engageant, qu'elle ne sera pas dans le cas de renoncer, tandis qu'elle reculera souvent si elle doit prendre immédiatement un engagement personnel qui l'expose à être expropriée. Donc, en définitive, la dérogation partielle au droit d'option compromet les intérêts de la femme que la loi a voulu protéger (1).

365. Il va sans dire que le mari ne peut pas renoncer à la communauté. C'est lui qui administre et qui contracte les dettes dont la communauté se trouve chargée; conçoit-on qu'il s'affranchisse du lien des obligations qu'il a consenties en répudiant ce qu'il a fait lui-même? On comprend que la femme renonce, quoiqu'elle soit associée; on ne comprend pas que le mari, seigneur et maître, renonce, car la femme est étrangère aux dettes du mari, tandis que le mari en est le débiteur personnel. Il y a, à la vérité, des dettes qui procèdent de la femme, celles qui sont antérieures au mariage et que le mari devra supporter si la femme renonce. On peut lui répondre que celui qui épouse la femme épouse ses dettes; le mari pouvait se mettre à l'abri de ce danger en stipulant la séparation de dettes. Il faut ajouter que d'ordinaire le mauvais état de la communauté ne vient pas des dettes antérieures au mariage, il vient des dettes contractées pendant la durée de la communauté, donc par le mari.

L'application de ces principes soulève une difficulté qui a été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Il arrive assez souvent que le mari est donataire universel ou légataire universel de la femme. Celle-ci a le droit de renoncer; elle le transmet à ses héritiers : n'en faut-il pas conclure que le mari pourra renoncer à la com-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 269, n° 105 *bis* II.

munauté du chef de sa femme? La cour de cassation a repoussé cette prétention, qui s'élève d'ordinaire en matière fiscale. Le mari, donataire universel de sa femme, renonce, au nom de celle-ci, à la communauté qui a existé entre eux. Puis il déclare, au bureau de l'enregistrement, qu'en vertu de cette renonciation la succession par lui recueillie ne se compose que de valeurs mobilières, sur lesquelles il a acquitté les droits au taux fixé pour les mutations par décès de biens meubles entre époux. La régie soutient que cette renonciation est frauduleuse, et elle décerne une contrainte du chef de la moitié des biens de la communauté omise par le déclarant. Cette prétention a été rejetée en première instance. Le tribunal avoue que la renonciation du mari à la communauté n'a été faite que pour échapper aux droits de mutation, puisqu'elle ne produisait aucun effet dans l'ordre civil, le mari recueillant le bénéfice de la renonciation qu'il avait faite comme héritier de sa femme. Mais, dit le tribunal de la Seine, renoncer est un droit; et on ne peut pas dire que l'exercice d'un droit soit une fraude. Sur le pourvoi en cassation, la décision a été cassée après un délibéré en chambre du conseil. La cour commence par rappeler que la faculté de renoncer à la communauté a été accordée à la femme contre le mari, parce qu'il est naturel que celui-ci supporte seul toutes les dettes d'une communauté dont il a été seul administrateur, pour mieux dire, seigneur et maître. Le mari peut-il invoquer un droit qui a été établi contre lui? Cela est impossible, aux termes mêmes de la loi. Pour jouir de son droit de renoncer, la femme doit faire inventaire contradictoirement avec le mari : le mari qui prétend exercer les droits de la femme devrait donc faire un inventaire contradictoirement avec lui-même! Sur ce point, la cour de cassation se trompe : la femme peut renoncer dans le délai de trois mois et quarante jours, sans faire inventaire; elle n'est obligée de faire inventaire que si elle veut conserver la faculté de renoncer après l'expiration de ce délai (art. 1456). Or, dans l'espèce, le mari avait renoncé immédiatement; la renonciation était donc valable en la forme. L'était-elle au fond? Ce n'était pas une véritable

renonciation. Si la femme a le droit de renoncer, c'est pour se mettre à l'abri des dettes dont la communauté est chargée; en renonçant, elle abandonne toute la communauté au mari, qui est tenu d'acquitter les dettes. Le mari peut-il, comme héritier de la femme, renoncer alors que c'est lui, en sa qualité de mari, qui recueille le bénéfice de cette renonciation purement nominale? La cour devait se borner à dire que la renonciation du mari n'était pas la renonciation que le législateur a consacrée; que le seul but du mari était de s'affranchir des droits dus pour transmission de propriété : ce n'est pas là la renonciation du code civil, c'est un acte fait en fraude des droits du fisc, et nul à ce titre (1).

366. L'article 1453 donne le droit d'option aux héritiers de la femme; ceux-ci ont, en général, tous les droits que la loi accorde à la femme commune. C'est une application du droit commun. Les héritiers succèdent à tous les droits de leur auteur, donc aussi au droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer. On objecte que le droit d'option est un privilége et que les priviléges sont attachés à la personne. Berlier répond, dans l'Exposé des motifs, qu'il ne s'agit pas d'un privilége contraire au droit et accordé, à titre de faveur, à la femme : « Rien de plus juste, dit-il, que la faculté dont il s'agit; sa justice n'est pas seulement relative, elle est absolue, et n'appartient pas moins aux héritiers de la femme qu'à elle-même. Quels seront-ils, d'ailleurs, ces héritiers? Le plus souvent ce seront les enfants du mariage, dignes, sous ce rapport, de toute la faveur des lois (2). »

367. L'article 1453 ajoute que les ayants cause de la femme ont également le droit d'option. Qui sont ces ayants cause? Troplong n'a pas tort de dire que si les lois sont parfois obscures, à force d'être concises, elles le deviennent quelquefois en disant plus qu'il ne faut. Ne serait-ce pas par habitude et par routine que les auteurs du code

(1) Cassation, 9 mars 1842 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 363). Rejet, 26 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 92). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. V, p. 413, note 7, § 517, et Troplong, t. II, p. 5, n° 1505.
(2) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 20 (Locré, t. VI, p. 393).

ont ajouté le mot *ayants cause* à la suite du mot *héritiers?* Il est certain qu'il y a des ayants cause qui n'ont pas le droit d'option. La femme vend ses droits : le cessionnaire a-t-il le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer? La négative est évidente, car la femme, en cédant ses droits, accepte, puisqu'elle dispose de sa part dans la communauté; son option étant consommée, elle ne transmet plus le droit d'accepter ou de renoncer, elle cède les droits qui lui appartiennent en vertu de son acceptation.

Il faut donc laisser de côté les ayants cause à titre particulier. Restent les ayants cause universels; ils se confondent avec les héritiers quand ce sont des successeurs universels, tels que donataires ou légataires. Les créanciers sont ayants cause universels, en ce sens qu'ils peuvent exercer tous les droits de leur débiteur (art. 1166). Mais le principe de l'article 1166 s'applique-t-il au droit d'option? On peut le contester; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*. L'opinion générale est que les créanciers de la femme peuvent accepter en son nom et consommer ainsi son droit d'option, puisque, par suite de l'acceptation, elle n'aura plus le droit de renoncer. Cela conduit à des conséquences qu'il est difficile d'admettre. La femme peut accepter sans faire inventaire : elle sera tenue, dans ce cas, *ultra vires*. Est-ce que les créanciers de la femme peuvent aussi accepter sans dresser d'inventaire? et la femme sera-t-elle tenue *ultra vires?* Il faut aller jusque-là si l'on reconnaît aux créanciers le droit d'option. Mais la conséquence est inadmissible, et elle témoigne contre le principe. La loi qui autorise les créanciers à exercer les droits de leur débiteur ne leur permet certes pas d'obliger le débiteur. On n'est obligé que par son consentement; or, accepter la communauté, c'est s'obliger à payer la moitié des dettes. Cela décide la question, nous semble-t-il (1).

Il y a un cas dans lequel les créanciers peuvent accepter en un certain sens. L'article 1464 le dit : « Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 413, § 517.

aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs créances et accepter la communauté de leur chef. » Ils acceptent *de leur chef;* la renonciation de la femme subsiste; elle n'est donc pas obligée par l'acceptation que feront ses créanciers. C'est en vertu de l'article 1167 que les créanciers agissent, plutôt qu'en vertu de l'article 1166. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Successions,* sur l'article 788, dont l'article 1464 n'est qu'une application.

368. Les créanciers de la femme ont-ils le droit de renoncer à la communauté? Cela se comprend difficilement. L'article 1166 donne bien aux créanciers la faculté d'exercer les droits de leur débiteur, mais il ne leur permet pas de dépouiller le débiteur d'un droit qui lui appartient; or, en renonçant au nom de la femme, les créanciers l'empêcheraient d'accepter.

Supposons que la femme accepte sans faire inventaire: elle sera tenue *ultra vires*. Les créanciers peuvent-ils attaquer son acceptation et, par suite, renoncer à la communauté au nom de la femme? La question est controversée et douteuse; nous y reviendrons.

La femme n'accepte ni ne renonce, elle s'abstient. On admet que, dans ce cas, les créanciers peuvent renoncer. L'article 1453, dit-on, est trop positif pour qu'on puisse leur dénier cette faculté. Il en faut conclure que les créanciers peuvent enlever à la femme un droit qu'elle tient d'une convention; cela nous paraît inadmissible, parce que cela est contraire à l'article 1166, en vertu duquel les créanciers agissent. Il en est de même si la femme meurt sans s'être prononcée (1). Notre objection revient, en ce qui concerne les héritiers, s'ils ont aussi le droit d'option: les créanciers peuvent-ils les priver d'une partie de leurs droits en exerçant l'autre? Cela nous paraît impossible. Nous n'insistons pas sur ces difficultés qui ne sont discutées qu'à l'école; la pratique les ignore.

(1) Troplong, t. II, p. 4, nos 1499-1502. Comparez Rodière et Pont, t. II, p. 440, n° 1151.

§ II. *De l'acceptation.*

369. L'acceptation de la communauté est un acte analogue à l'acceptation de l'hérédité : quand la femme accepte, elle manifeste la volonté d'être femme commune et elle s'oblige à l'égard des créanciers de la communauté, de même que le successible manifeste, en acceptant, la volonté d'être héritier et s'oblige envers les créanciers de l'hérédité. Le fait juridique est le même ; il y a cette seule différence que la femme n'est pas héritière, elle est associée de son mari ; toutefois, il se peut que toute la fortune du mari soit entrée en communauté ; quoique n'étant pas héritière, la femme prendra la moitié de ses biens ; elle prend, en tout cas, la moitié de la fortune mobilière du mari. Il y a donc, en fait comme en droit, une grande analogie entre la situation de la femme commune et celle de l'héritier. Voilà pourquoi les mêmes principes régissent l'acceptation de la communauté et l'acceptation d'une hérédité. Comme nous avons traité cette matière au titre des *Successions*, nous pourrons renvoyer, sur bien des points, à ce qui a déjà été dit. Notons seulement la différence capitale qui existe entre la femme commune et l'héritier. Celui-ci peut accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire ; tandis que la loi ne parle pas d'une acceptation bénéficiaire, au chapitre de la *Communauté*. La femme commune jouit, en cette qualité, du bénéfice d'émolument, lequel, pour les avantages qui y sont attachés, équivaut au bénéfice d'inventaire. Mais pour l'héritier, le bénéfice d'inventaire est une exception et, au point de vue des vrais principes, c'est une anomalie ; de droit commun, l'héritier représente la personne du défunt et est tenu de ses dettes, comme l'est tout débiteur personnel, indéfiniment. Il n'en est pas de même de la femme commune. Elle ne représente personne, elle est associée, tenue des dettes à ce titre et, dans la rigueur du droit, tenue comme si elle les avait contractées personnellement, donc *ultra vires*. Mais la loi déroge au droit commun. La femme n'a jamais été associée, dans la réalité des choses : étran-

gère à la communauté, elle n'est tenue des dettes que parce qu'elle accepte la communauté et qu'elle recueille la moitié des biens; elle ne doit donc être tenue que jusqu'à concurrence des biens qu'elle recueille; il serait de toute iniquité qu'elle dût supporter sur ses biens des dettes que le mari a contractées sans elle. C'est donc à raison de sa dépendance que la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence de son émolument; et comme sa dépendance est inhérente à sa qualité de femme commune, on doit dire qu'elle jouit de plein droit du bénéfice d'émolument. Elle n'est pas tenue de faire une déclaration quelconque; si la loi l'oblige de faire inventaire, c'est afin d'empêcher que la femme ne compromette le gage des créanciers par sa négligence ou par sa mauvaise foi. Il suit de là qu'il n'y a pas deux modes pour la femme d'accepter la communauté, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire. Son acceptation est toujours pure et simple, mais elle produit les effets d'une acceptation bénéficiaire, sous la condition que la femme fasse inventaire et rende compte aux créanciers de tout ce qu'elle a reçu à titre de femme commune.

N° 1. DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ACCEPTATION.

370. Ces conditions sont celles que la loi et la doctrine exigent pour l'acceptation d'une hérédité. Nous nous bornerons à quelques applications du principe. Pothier dit que si la femme avait pris la qualité de *commune* dans un acte fait pendant la durée de la communauté, ce fait n'emporterait pas acceptation : le droit de la femme n'étant ouvert que par la dissolution de la communauté, la femme n'a pu, avant la dissolution, accepter une communauté à laquelle elle n'avait encore aucun droit formé (1). Il faut ajouter qu'en principe la femme est réellement associée, donc commune pendant la durée de la communauté; elle peut donc prendre la qualité de commune sans que l'on en puisse induire qu'elle entend accepter; accepter, c'est

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 536

exercer le droit d'option ; or, la femme ne peut exercer ce droit que lorsqu'il est ouvert, et il ne s'ouvre qu'à la dissolution, comme le dit l'article 1453. A notre avis, il en est ainsi alors même que la communauté est dissoute par la séparation de biens, c'est-à-dire que la femme ne peut accepter ou renoncer que lorsque la séparation est prononcée (n° 352).

371. Les tribunaux oublient parfois les principes élémentaires qui régissent l'acceptation quand il s'agit de la communauté. Un arrêt de la cour de Liége suppose que la femme peut encore accepter après qu'elle a renoncé (1). En principe, cela est impossible, car renoncer, c'est exercer le droit d'option ; la femme qui renonce consomme son droit, elle devient étrangère à la communauté, et comment accepterait-elle une communauté à laquelle elle n'a plus aucun droit? L'article 792 déroge à ce principe en matière de succession ; mais il suffit de lire l'article pour se convaincre qu'il ne peut s'appliquer qu'à l'acceptation d'une hérédité. Dès que la femme renonce, les biens de la communauté deviennent le patrimoine du mari ou de ses héritiers. Pour mieux dire, le mari en a toujours été propriétaire exclusif : peut-il dépendre de la femme d'enlever au mari les biens qui font partie de son patrimoine? La femme ne peut donc pas revenir sur sa renonciation, car ce serait porter atteinte aux droits du mari.

Par identité de raison, la femme qui accepte la communauté ne peut plus y renoncer. Elle a aussi consommé son choix, et ne peut plus revenir sur son fait (2). La question est d'un grand intérêt pour les héritiers du mari si la femme a accepté sans faire inventaire. Mais quand même elle aurait fait inventaire, elle est devenue définitivement femme commune par son acceptation ; il ne dépend pas d'elle de rompre le contrat de société qu'elle a formé en se mariant et qu'elle consolide en acceptant.

372. La femme mineure peut-elle accepter la communauté? On ne peut pas même poser la question en ce qui concerne le *droit* d'accepter. Ce droit est de l'essence de

(1) Liége, 27 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 324).
(2) Bruxelles, 10 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 243).

la communauté ; il appartient donc à toute femme mariée sous ce régime, partant à la femme mineure. L'article 1455 le suppose ; il porte que la femme *majeure* ne peut se faire *restituer* contre son acceptation s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari ; ce qui implique que la femme *mineure* peut se faire *restituer*, donc qu'elle peut accepter (1) ; en effet, le mot *restituer* est une expression technique qui ne s'emploie que des mineurs. Si la femme mineure peut se faire restituer, c'est à raison de sa minorité. Il faut donc qu'il y ait quelque chose de spécial à la femme mineure. Elle est émancipée par son mariage, mais elle reste incapable, sauf pour les actes de pure administration (art. 484) ; et l'acceptation de la communauté n'est pas un acte de pure administration, elle peut être ruineuse pour la femme si elle ne fait pas d'inventaire ; et quand même elle ferait inventaire, elle aurait encore intérêt à ne pas accepter si la communauté est mauvaise, ou si elle a stipulé la reprise de ses apports en cas de renonciation. Il suit de là que la femme mineure est incapable d'accepter, quoiqu'elle en ait le droit. C'est dire que son incapacité doit être couverte. Mais comment se couvre-t-elle? Sur ce point, la loi est muette ; il faut donc appliquer, par analogie, à l'acceptation de la communauté, ce que l'article 776 dit de l'acceptation d'une succession : elle ne peut se faire qu'avec autorisation du conseil de famille. C'est une conséquence de l'article 484, qui assimile le mineur émancipé au mineur non émancipé pour tous les actes qui excèdent la pure administration (2). L'assistance de son curateur ne suffirait pas, comme on l'a écrit (3) ; en théorie, la loi aurait pu se contenter de cette assistance, puisque l'acceptation de la communauté n'a pas les graves conséquences qu'entraîne l'acceptation d'une succession, alors même qu'elle se fait sous bénéfice d'inventaire ; mais la loi ne contenant aucune disposition spéciale à cet égard, on reste forcément sous l'empire de l'article 484 combiné avec les articles 461 et 776.

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 313, nº 1037.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 416, note 20, § 517 (4ᵉ éd.).
(3) Mourlon, t. III, p. 89, nº 210.

373. La femme peut-elle accepter sous condition, à terme ou pour partie? Nous posons la question parce que de bons auteurs la posent (1). Mais, en vérité, pourquoi? Est-ce que l'on a déjà vu une acceptation partielle, conditionnelle ou à terme? Laissons là cette scolastique; les questions sérieuses prises dans la vie réelle ne font point défaut. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*.

N° 2. QUAND L'ACCEPTATION DOIT-ELLE OU PEUT-ELLE SE FAIRE?

374. Il faut distinguer les diverses causes qui donnent lieu à la dissolution de la communauté. D'ordinaire elle se dissout par la mort. La loi ne fixe pas, dans ce cas, de délai dans lequel la communauté doit être acceptée; la femme reste donc sous l'empire du droit commun, d'après lequel tout droit peut et doit être exercé dans le délai de trente ans (art. 2262). Pothier le dit : « Tant que la femme ou ses héritiers ne sont pas poursuivis pour faire le choix qu'ils ont d'accepter la communauté ou d'y renoncer, ils sont toujours à temps de le faire : le mari survivant, qui est demeuré seul en possession des biens de la communauté, ne peut opposer aux héritiers de la femme, aux fins de partage, que la prescription de trente ans, laquelle même ne court pas contre les mineurs (2). » Pourquoi Pothier dit-il : « tant que la femme ou ses héritiers ne sont pas poursuivis? » Le mari ou ses héritiers ont le droit de demander le partage de la communauté; et quand ils le demandent, la femme doit naturellement se prononcer et dire si elle accepte ou si elle renonce. Personne n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815); les copropriétaires de la femme ayant le droit d'agir, celle-ci ne peut pas leur opposer qu'elle a trente ans pour se prononcer. Les créanciers ont également le droit de poursuivre la femme; et, sur cette poursuite, la femme doit prendre qualité, accep-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 416, note 17, § 517. Rodière et Pont, t. II, p. 330, n° 1061.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 534. Aubry et Rau, t. V, p. 427, note 17, § 516, et tous les auteurs.

ter ou renoncer, à moins qu'elle ne se trouve encore dans le délai que la loi lui accorde pour faire inventaire et délibérer.

375. La veuve a un délai de trois mois pour faire inventaire et de quarante jours pour délibérer sur son acceptation ou sa répudiation, délai que le tribunal peut proroger suivant les circonstances (art. 1457 et 1458). A s'en tenir au texte de la loi, on pourrait croire que la femme *doit* renoncer dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari ; c'est une mauvaise rédaction, que la loi elle-même corrige en ajoutant, dans l'article 1459, que « la veuve qui n'a point fait sa renonciation dans ce délai n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si elle ne s'est point immiscée et qu'elle ait fait inventaire ; elle peut seulement être poursuivie comme commune jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. » On voit dans quel but la loi prescrit le délai de trois mois et quarante jours ; la femme n'est pas tenue d'accepter ou de renoncer dans ce délai, mais, tant qu'il n'est pas expiré, elle peut repousser l'action des créanciers par une exception dilatoire. La loi ne le dit pas au chapitre de la *Communauté ;* il faut compléter la disposition que nous venons de transcrire par l'article 797 au titre des *Successions,* la situation et les principes étant identiques. Si la femme renonce à l'expiration du délai légal ou prorogé, les frais que les créanciers auront faits ne sont pas à sa charge. Quand le délai est expiré, la femme n'a plus d'exception, elle doit prendre qualité, et alors elle supporte les frais que les créanciers font par leurs poursuites, si elle renonce.

376. La loi dit que la femme qui a fait inventaire conserve le droit de renoncer ; elle conserve donc son droit d'option (art. 1456 et 1459) ; il n'est pas dit pendant quel délai. L'article 2262 le dit pour l'exercice de tout droit : toute action se prescrit par le délai de trente ans. Il faut donc appliquer à la veuve ce que l'article 789 dit du successible : « La faculté d'accepter ou de répudier la communauté se prescrit par le temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers. » On sait les

controverses interminables auxquelles cette disposition a donné lieu; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. La femme reste trente ans sans se prononcer : sera-t-elle acceptante ou renonçante? Nous répondons, comme nous l'avons fait pour les successibles, qu'elle est devenue étrangère à la communauté : elle n'a plus de droit à exercer. Il a été jugé que la veuve ou ses héritiers sont censés avoir accepté la communauté lorsqu'ils sont restés trente ans sans se prononcer (1). Les termes de l'arrêt impliquent une présomption; or, il n'y a pas de présomption sans un texte formel qui l'établisse : où est la loi qui présume la femme acceptante après trente ans? La cour de Paris cite l'article 789, mais elle lui fait dire ce qu'il ne dit point. L'article 789 n'établit aucune présomption; il ne déclare pas que le successible est censé accepter lorsqu'il n'a pas renoncé dans le délai de trente ans; la loi applique au droit héréditaire le principe général de la prescription. De même le droit de la femme commune en biens se prescrit par trente ans; c'est dire qu'à l'expiration de ce délai elle est sans droit.

377. Si la communauté est dissoute par le divorce ou par la séparation de corps, la femme doit accepter dans le délai de trois mois et quarante jours; sinon elle est censée y avoir renoncé (art. 1463). Nous reviendrons sur cette disposition que, dans l'opinion générale, on applique à la séparation de biens.

N° 3. COMMENT SE FAIT L'ACCEPTATION?

I. *De l'acceptation expresse ou tacite.*

378. L'acceptation de la communauté, de même que celle de l'hérédité, est expresse ou tacite. Elle est expresse quand la femme prend la qualité de commune dans un acte (art. 1455); il faut ajouter, comme l'article 776 le fait pour le successible, que l'acte peut être authentique ou privé. Le principe étant identique pour le successible et

(1) Paris, 11 août 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2171). Comparez Troplong, t. II, p. 5, n° 1508.

pour la femme commune, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. Aux termes de l'article 1454, l'acceptation est tacite quand la femme s'est *immiscée* dans les biens de la communauté; la loi ajoute que les actes purement administratifs ou conservatoires n'emportent point immixtion. La loi établit les mêmes principes que pour l'acceptation tacite d'une hérédité. Toutefois il y a une nuance qui distingue la situation de la femme, il faut s'y arrêter.

Pothier définit l'acceptation tacite comme le code le fait en matière de succession. Accepter la communauté, c'est manifester la volonté d'être femme commune; cette volonté peut s'exprimer par des faits. Quel doit être le caractère du fait pour que l'on en puisse induire la volonté d'accepter? Il faut, dit Pothier, que le fait soit tel qu'il suppose *nécessairement* que la femme a la volonté d'être commune et qu'on ne puisse apercevoir de raison pour laquelle elle aurait fait ce qu'elle a fait si elle n'eût pas voulu être commune (1). Le code appelle ce fait un acte d'*immixtion* ; l'expression est romaine (2), et par elle-même très-vague : intervenir dans l'administration provisoire de la communauté, faire des actes de conservation, c'est, d'après le langage ordinaire, s'*immiscer* dans les biens de la communauté, mais ce n'est pas s'*immiscer*, dans le sens technique du mot, car la loi prend soin d'expliquer que les actes purement administratifs ou conservatoires n'emportent pas immixtion. Ce sont aussi les expressions de l'article 776. Pour déterminer quels actes impliquent l'acceptation et quels actes ne l'impliquent point, il faut donc distinguer : les actes conservatoires ne sont pas des actes d'immixtion, il en est de même des actes *purement administratifs*, ce qui suppose que les actes de disposition emportent acceptation. Ici il y a une nuance entre la femme commune et le successible. Celui-ci est rarement en possession des biens; quand donc il dispose d'une chose de l'hérédité, il fait généralement acte d'héritier. La femme, au contraire, quand elle est veuve, est en possession; elle

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 537.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 270, n° 108 *bis*.

doit conserver et administrer les biens communs en attendant qu'elle prenne qualité. Or, il arrive assez souvent qu'un acte de disposition soit, en réalité, une mesure de conservation. Pothier en fait la remarque : « Observez, dit-il, que la veuve est, de droit, préposée à la garde et conservation des effets de la communauté avant qu'elle se soit déterminée sur le choix qu'elle a de l'accepter ou d'y renoncer ; c'est pourquoi tout ce qu'elle fait pour la conservation des biens de la communauté ne doit pas passer pour acte de commune : comme lorsqu'elle a vendu des effets périssables, qu'elle a été obligée de vendre pour en éviter la perte. » Vendre est un acte de disposition, mais, dans l'espèce, la vente a pour objet de conserver. Par la même raison, continue Pothier, lorsque la veuve d'un marchand en détail ou d'un artisan a continué, après la mort de son mari et avant qu'elle ait pris qualité, de tenir la boutique ouverte et d'y débiter les marchandises, elle n'est point censée s'immiscer, quoiqu'elle vende des effets de la communauté ; car elle fait cela pour ne pas écarter les pratiques et pour la conservation du fonds de commerce, qui dépend de la communauté (1).

379. On peut voir dans les auteurs les exemples que l'on donne habituellement pour distinguer les actes d'immixtion des actes de conservation et d'administration (2). Nous emprunterons quelques applications à la jurisprudence.

Une femme séparée de biens demande et obtient la délivrance de ses linges et hardes, plus de son lit garni, d'une armoire, d'une commode, d'une glace et de quelques chaises ; deux ans après, elle renonce. Elle n'avait pas droit au chétif mobilier qu'elle reprenait, outre les hardes et linges ; en strict droit, on devait la considérer comme acceptante, puisqu'elle recevait des biens faisant partie de l'actif ; elle n'y avait pas droit comme renonçante, donc, pouvait-on dire, elle était acceptante. Mais l'acceptation

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 541.
(2) Pothier, *De la communauté*, nos 538-545. Duranton, t. XIV, p. 573, n° 439. Rodière et Pont, t. II, p. 320, nos 1048-1051. Troplong, t. II, nos 1511-1519, 1523-1526.

est avant tout une question d'intention; or, dans l'espèce, la femme n'avait pas la volonté d'accepter : si elle réclamait les objets que nous venons d'énumérer, c'est parce qu'elle les avait apportés lors du mariage, et, dans son ignorance des lois, elle se croyait fondée à les réclamer. Il n'y avait donc pas d'immixtion; tout ce que l'on pouvait dire, c'est que la femme devait restituer les objets mobiliers qu'elle avait repris ou en payer la valeur, en la précomptant sur ses reprises. C'est en ce sens que la cour de Rouen décida la contestation (1).

Généralement le fait de prendre ou de recevoir ce qui fait partie de la communauté est un acte d'immixtion. Après la mort de son mari, la veuve reçoit les loyers d'une maison appartenant à la communauté; elle touche les arrérages d'une rente, elle reçoit ce qui était dû à son mari du chef des fonctions qu'il avait remplies au gouvernement provincial. Il a été jugé que la veuve s'était immiscée dans les biens de la communauté, puisqu'elle se les était appropriés : faisant acte de propriétaire, elle devait se considérer comme telle et, par conséquent, elle acceptait tacitement la communauté, puisque cette acceptation lui donnait seule le droit d'agir à titre de propriétaire. On objectait que c'étaient des actes d'administration et de conservation. La cour répond qu'il n'y avait aucun péril à retarder ces recettes; si la femme voulait renoncer, elle devait s'abstenir et laisser agir les héritiers du mari (2).

380. Quand la femme séparée de corps a conclu, dans son exploit introductif d'instance, à la liquidation de la communauté, que, de plus elle a réitéré ses conclusions dans le cours du procès en séparation, enfin quand, après le jugement, elle a présenté requête au juge commis, afin d'être renvoyée devant le notaire pour procéder à la liquidation, elle a manifesté clairement la volonté d'être femme commune. Dans notre opinion (n° 352), on aurait dû écarter les faits antérieurs au jugement, puisque la femme ne

(1) Rouen, 10 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2250).

(2) Bruxelles, 10 mars, 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 243). Comparez Bruxelles, 20 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 155, et Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2106).

peut pas manifester la volonté d'accepter une communauté qui n'est pas dissoute, mais le fait postérieur au jugement suffisait : demander la liquidation de la communauté dissoute, c'est certes exprimer la volonté de l'accepter.

Quand la communauté est dissoute par la séparation de corps ou par le divorce, il y a une difficulté spéciale, pour mieux dire, une objection sans fondement. L'article 1463 dit que la femme est censée renoncer si elle n'a pas accepté dans le délai de trois mois et quarante jours. On a prétendu que cette acceptation devait être expresse. La loi n'exige pas cela, et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Accepter tacitement, c'est aussi accepter; et dès que la femme séparée ou divorcée a légalement manifesté sa volonté d'accepter, on ne peut plus lui opposer une présomption de renonciation, présomption qui, à vrai dire, n'en est pas une, comme nous le dirons plus loin. La loi se fonde sur le silence de la femme pour en induire qu'elle accepte; or, on ne peut pas dire que la femme garde le silence quand elle accepte tacitement, car les faits parlent aussi (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

381. Il est souvent difficile de décider si un acte emporte immixtion ou non. On demande si le juge peut autoriser la femme à faire ce qu'elle juge nécessaire pour la conservation des biens ou pour leur administration. Pothier donne à la femme le conseil de demander l'autorisation afin d'éviter les contestations. Il ajoute que la femme agira prudemment en protestant qu'elle ne fait l'acte que pour la conservation des biens de la communauté et sans préjudice de ses droits. Les auteurs modernes suivent cette opinion, au moins quant à l'autorisation du juge (3). A notre avis, la protestation serait inopérante et le recours au juge inutile. Sans doute accepter est un acte de volonté; mais quand la femme fait un acte tel que l'aliénation d'un bien

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 415 et note 14, § 517.

(2) Paris, 2 mai 1850 (Dalloz, 1850, 2, 186). Comparez Rejet, 10 nov. 1845 (Dalloz, 1845, 1, 428), et 14 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 62).

(3) Pothier, *De la communauté*, n° 541. Duranton, t. XIV, p. 574, n° 441. Aubry et Rau, t. V, p. 414 et note 11, § 517. Rodière et Pont, t. II, p. 320, n° 1047. Troplong, t. II, p. 8, n° 1520.

commun, qui suppose nécessairement la volonté d'accepter, elle aura beau protester, on lui répondra que ses paroles sont en désaccord avec ses actes et que, partant, sa protestation est inopérante. Quant au juge, il n'a pas le droit d'intervenir dans les affaires des particuliers tant qu'il n'y a pas de contestation à vider. C'est par exception que la loi lui donne des attributions qui appartiennent à la juridiction volontaire. Hors de ces exceptions, les tribunaux sont incompétents pour accorder une autorisation quelconque. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*.

II. *Du détournement des effets de la communauté.*

382. L'article 1460 porte : « La veuve qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté est déclarée commune, nonobstant sa renonciation; il en est de même à l'égard de ses héritiers. » L'article 1477 contient encore une autre disposition sur ce point : « Celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. » Nous avons rencontré des dispositions analogues au titre des *Successions*. Aux termes de l'article 792, les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer : ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés. »

Il y a une différence entre le divertissement des effets d'une succession et le divertissement des effets de la communauté. Tout héritier est appelé à accepter ou à renoncer, donc tout héritier qui divertit un effet de l'hérédité encourt la double déchéance prononcée par la loi; il est déchu de la faculté de renoncer et il perd tout droit dans les effets qu'il a divertis ou recélés. En cas de communauté, la femme seule a le droit d'accepter ou de renoncer, elle est aussi frappée de la double déchéance prononcée par la loi. Quant au mari, il est nécessairement acceptant; il ne peut donc pas encourir la déchéance de la faculté de renoncer qui ne lui appartient pas; s'il divertit un effet de

la communauté, il est seulement frappé de la peine de l'article 1477. Cette peine est commune aux deux époux; c'est sur l'application de l'article 1477 que se présentent les trop nombreuses contestations dont les recueils d'arrêts sont remplis. Nous ajournons, pour ce motif, au chapitre du *Partage* ce que nous avons à dire du divertissement et du recel, en nous bornant, pour le moment, aux principes qui concernent particulièrement la femme.

383. Qu'est-ce que le divertissement et le recel? Nous renvoyons au titre des *Successions* (t. IX, n° 335) et à ce que nous dirons plus loin en expliquant l'article 1477. Le caractère essentiel qui constitue le divertissement c'est l'intention frauduleuse; la femme qui divertit ou recèle un effet de la communauté veut se l'approprier au préjudice des héritiers du mari; c'est un délit criminel, mais il importe de remarquer que le code civil ne considère pas le divertissement comme un vol; il n'est donc pas nécessaire que ce fait présente les caractères d'un délit criminel, il suffit qu'il y ait délit civil, c'est-à-dire dol et fraude. La conséquence du délit est que la femme est *déclarée commune* nonobstant sa renonciation. La femme ne peut être commune qu'en vertu d'une acceptation. Est-ce à dire que le fait du divertissement équivaille à une acceptation tacite? Le texte du code prouve le contraire : elle suppose que la femme, après avoir diverti, renonce; donc, en divertissant, elle n'avait pas la volonté d'accepter. Le divertissement n'est donc pas une acceptation. Comment concilier la disposition de l'article 1460 avec la réalité des choses? La femme n'a pas eu la volonté d'accepter, et elle est néanmoins commune. Il n'y a qu'un moyen d'expliquer le droit quand il est en opposition avec le fait, c'est de considérer le droit comme une fiction. En effet, le législateur a dû recourir à une fiction, sinon il aurait dû traiter la femme comme coupable d'un délit criminel. Les relations intimes qui existent ou existaient entre les époux commandaient l'indulgence et la réserve. On feint donc que la femme a disposé des effets de la communauté comme femme commune. Mais, en même temps, la loi la punit d'une double déchéance. C'est donc une acceptation im-

posée à titre de peine. Le rapporteur du Tribunat a expliqué la loi en ce sens : « L'époux qui divertit ou recèle des effets de la communauté est coupable. Mais la décence publique, le souvenir du lien auguste qui vient de se rompre, ou la dignité du mariage, qui quelquefois subsiste encore, ne permettent d'apporter ici ni l'idée, ni le nom, ni la poursuite d'un délit (1). »

384. La fiction de l'acceptation résultant d'un divertissement donne lieu à une difficulté quand la femme est mineure. Lui applique-t-on la déchéance de l'article 1460? Il y a controverse. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions* (t. IX, n° 338); la question est identique. Les paroles de Duveyrier que nous venons de transcrire prouvent qu'il y a délit; mais le législateur ne veut pas le qualifier ainsi, tout en infligeant une peine à l'époux coupable. Cela tranche la question. L'acceptation est une fiction; en réalité, il y a un délit, au moins civil; or, les mineurs ne sont pas restituables contre les obligations résultant de leurs délits ou de leurs quasi-délits (2).

385. La loi suppose que la femme renonce après avoir diverti; elle déclare la femme commune en biens nonobstant sa renonciation. Cela veut-il dire que les héritiers du mari sont obligés de considérer la femme comme acceptante, ou peuvent-ils demander que la renonciation de la femme soit maintenue? On enseigne que les héritiers du mari ont le choix de traiter la femme, soit comme acceptante, soit comme renonçante (3). Cela nous paraît douteux. La loi établit une fiction dans l'intérêt de la décence publique : elle préfère voir dans la femme coupable un époux commun en biens qu'un voleur. Si les héritiers du mari avaient le droit de maintenir la renonciation de la femme, qu'en résulterait-il? La femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune; elle se serait donc approprié, sans une apparence de prétexte, des effets apparte-

(1) Duveyrier, *Rapport*, n° 41 (Locré, t. VI, p. 426). Comparez le tome IX de mes *Principes*, p. 391, n° 334; et Duranton, t. XIV, p. 575, n° 442; Troplong, t. II, p. 19, n° 1560.
(2) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 422, note 37, § 517, et par Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2205.
(3) Bellot des Minières, t. II, p. 287 et suiv., et tous les auteurs.

nant au mari ou à ses héritiers; elle devrait les restituer et elle serait flétrie comme coupable d'un délit, elle pourrait même être poursuivie criminellement. C'est cette poursuite, c'est ce scandale que la loi a voulu prévenir. Il y a des objections, et elles sont sérieuses. Si les héritiers du mari se décident à traiter la femme comme renonçante, c'est que la communauté, que la femme croyait mauvaise, puisqu'elle y a renoncé, se trouve avantageuse : la loi voulait punir la femme en la déclarant acceptante et en l'obligeant, par conséquent, à supporter *ultra vires* la moitié des dettes qui est à sa charge; et voilà que la femme coupable vient lui dire : Je suis femme commune et je prends ma part dans la communauté que j'ai voulu dépouiller. Ce résultat est certes contraire aux prévisions du législateur; au lieu de déclarer la femme acceptante, il aurait dû donner le choix aux héritiers du mari, mais il ne l'a pas fait; le texte et l'esprit de la loi s'opposent, nous semble-t-il, à ce que la fiction de l'article 1460 soit écartée.

L'article 1460 est-il applicable quand la femme a diverti des effets de la communauté avant la mort de son mari? Il faut appliquer, par analogie, à la veuve ce que nous avons dit, au titre des *Successions,* de l'héritier qui a diverti avant l'ouverture de l'hérédité (t. IX, n° 339).

386. Si la femme divertit après avoir renoncé, la fiction devient impossible, car, par sa renonciation, elle est devenue étrangère à la communauté; elle ne divertit pas, elle dépouille les héritiers du mari des effets qu'elle soustrait. On rentre dans le droit commun : les héritiers du mari auront contre la femme l'action naissant du délit criminel ou du délit civil dont elle s'est rendue coupable (1).

387. L'article 1460 suppose que c'est la veuve qui a diverti. Quand la communauté est dissoute par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, la femme n'est pas en possession de l'hérédité, c'est le mari qui la possède, il peut veiller à ses intérêts et empêcher toute soustraction. Néanmoins il se peut que la femme diver-

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes,* p. 399, n° 339. Comparez Duranton, t. XIV, p. 575, n° 443, et tous les auteurs, sauf Troplong (Aubry et Rau, t. V, p. 421, note 36, § 517).

tisse, puis elle renonce, ou elle est réputée renonçante par son silence seul dans le délai de trois mois et quarante jours. Lui appliquera-t-on la disposition de l'article 1460? Il y a deux motifs qui paraissent s'y opposer. La disposition est pénale, et les peines ne s'étendent pas; on peut répondre que la peine est plutôt un acte d'indulgence, puisqu'elle empêche de poursuivre la femme pour cause de délit. C'est donc, en réalité, une disposition de faveur qui doit profiter à la femme divorcée, séparée de corps ou de biens, parce qu'il y a même raison de décider. Il y a une seconde objection. La femme qui a diverti est supposée accepter par une fiction de la loi: étend-on les fictions? Non, mais, dans l'espèce, il faut voir au profit de qui la fiction est établie; ce n'est pas la *veuve* que la loi a entendu couvrir de sa protection, la veuve est sans excuse quand, le jour même de la mort de son mari, elle ne songe qu'à dépouiller la communauté. La loi veut mettre à l'abri des poursuites la femme qui a été mariée ou qui l'est encore, comme le dit Duveyrier; donc la fiction est générale; si l'article 1460 parle de la veuve, c'est que dans les articles qui précèdent il est question de la dissolution de la communauté par la mort. Mais l'article 1477, qui fait suite à l'article 1460, ne fait aucune distinction, il punit tout époux qui divertit, donc on doit aussi entendre dans le même sens l'article 1460. Il y a un arrêt en sens contraire que Troplong approuve (1).

III. *Quand l'acceptation peut-elle être attaquée?*

388. Nous avons déjà dit qu'en principe l'acceptation est irrévocable; l'article 1455 le dit formellement de l'acceptation expresse : « La femme majeure qui a pris dans un acte la qualité de commune ne peut plus y renoncer, ni se faire restituer contre cette qualité, quand même elle l'aurait prise avant d'avoir fait inventaire, s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari. » Ce que la loi dit de l'acceptation expresse est aussi vrai de l'acceptation ta-

(1) Toulouse, 23 août 1827 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 781). Troplong, t. II, p. 23, nº 1568.

cite; l'article 1454 le dit : « La femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté ne peut y renoncer. » L'article n'ajoute pas que la femme ne peut se faire restituer contre son acceptation; mais cela va de soi, puisqu'il n'y a aucune raison pour laquelle elle puisse revenir sur l'option qu'elle a consommée en acceptant (1).

389. La règle reçoit-elle des exceptions? En disant que la femme *majeure* ne peut se faire restituer contre son acception, l'article 1445 suppose que la femme mineure a ce droit. Cela est incontestable si l'on admet, et c'est l'opinion générale, que la femme mineure est incapable d'accepter, sinon dans les formes prescrites par la loi. Si donc elle a accepté sans autorisation du conseil de famille, elle pourra demander la nullité de son acceptation. Nous disons qu'elle peut agir en *nullité*. En effet, il y a des formes prescrites; il faut donc appliquer le principe de l'article 484 : la femme mineure émancipée est assimilée au mineur non émancipé et, par conséquent, elle peut demander la nullité de l'acceptation qu'elle a faite de la communauté pour inobservation des formes légales, sans qu'elle doive prouver qu'elle est lésée; l'acte est nul en la forme, aux termes de l'article 1311, il n'est pas sujet à restitution. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (2).

390. « La femme majeure qui a pris dans un acte la qualité de commune ne peut se faire restituer contre cette qualité s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari » (art. 1455). C'est une disposition analogue à celle de l'article 783; nous renvoyons au titre des *Successions* pour ce qui concerne le principe. Il y a des différences de rédaction entre les deux dispositions. L'article 783 parle de l'acceptation expresse ou tacite, tandis que l'article 1455 ne parle que de l'acceptation expresse. Est-ce à dire que l'acceptation tacite de la communauté ne puisse être attaquée pour cause de dol? Non, certes. Le dol est un vice

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 323, n° 1054. Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 271, n° 209 *bis* II, qui s'exprime inexactement en disant que la loi ne déclare irrévocable que l'acceptation expresse.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 416 et note 21 (4e éd.).

de consentement, et l'acceptation implique le consentement de la femme, qu'elle soit tacite ou expresse. Si l'article 1455 ne parle pas de l'acceptation tacite, c'est une simple négligence de rédaction.

Il y a une autre différence entre les deux textes. L'article 783 annule l'acceptation d'une hérédité dans le cas où elle aurait été la suite d'un dol pratiqué envers l'héritier; la loi ne dit pas par qui le dol doit être pratiqué pour qu'il vicie l'acceptation; nous en avons conclu que l'acceptation d'une succession peut être attaquée dès qu'elle est la suite d'un dol, peu importe que le dol ait été pratiqué par un cohéritier ou par un créancier (t. IX, n° 354). L'article 1455 semble conçu dans des termes restrictifs; il admet le dol comme cause de restitution, mais en ajoutant : « s'il n'y a eu dol *de la part des héritiers du mari.* » Que faut-il décider s'il y a eu dol de la part des *créanciers?* Au point de vue des principes, il n'y a aucun doute : l'acceptation de la communauté et l'acceptation de l'hérédité sont des faits identiques, le dol est un vice identique; il faut donc dire que là où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision. Il y a cependant une raison de douter, c'est que l'interprétation de l'article 783 est controversée; est-ce l'application des principes généraux qui régissent le dol, ou est-ce une dérogation à ces principes? Rappelons que, d'après l'article 1116, le dol n'est une cause de nullité des *conventions* que lorsque les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties. Dans notre opinion, conforme au texte, ce principe n'est applicable qu'aux conventions, il est étranger à l'acceptation d'une succession ou d'une communauté. Il ne faut donc pas dire, comme on l'a fait (1), que l'article 1455 applique un principe général en exigeant que le dol ait été pratiqué par les héritiers du mari. Les héritiers du mari ne sont pas plus *parties* dans l'acceptation de la communauté que les créanciers du mari, puisque l'acceptation est un fait unilatéral, une manifestation de volonté de la femme qui déclare vouloir être associée; et dès que

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 271, n° 109 *bis* III.

la volonté est viciée, il doit y avoir nullité. Si l'article 1455 ne parle que des héritiers du mari, c'est que ceux-ci ont surtout intérêt à pratiquer les manœuvres frauduleuses pour engager la femme à accepter. Quel est cet intérêt? On doit supposer que, par leurs manœuvres doleuses, ils portent la femme à accepter sans faire inventaire, car si la femme fait inventaire, elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument; et dans cette hypothèse, les héritiers du mari n'ont aucun intérêt à ce que la femme accepte, puisqu'ils sont tenus des dettes *ultra vires* et doivent, en tout cas, les payer, quel que soit le parti que prenne la femme; si le passif est de 20,000 francs et l'actif de 10,000, les héritiers du mari devront, dans toute hypothèse, supporter la perte de 10,000 francs. La femme accepte-t-elle, elle prend 5,000 francs dans l'actif et ne supporte les dettes que jusqu'à concurrence de cette somme, les héritiers du mari auront 5,000 francs d'actif et 15,000 francs de dettes à payer; donc ils sont en perte de 10,000 francs. La femme renonce-t-elle, les héritiers prendront les 10,000 fr, d'actif et payeront les 20,000 fr. de dettes, de sorte que leur perte sera toujours de 10,000 fr. Mais s'ils parviennent à engager la femme à accepter sans dresser inventaire, elle devra supporter la moitié des dettes, 10,000 francs, quoique son émolument ne soit que de 5,000 francs; il ne reste à payer que 10,000 francs de dettes, les héritiers y gagnent 5,000 francs. Les créanciers sont aussi intéressés à ce que la femme accepte sans inventaire, mais c'est seulement dans le cas où les héritiers seraient insolvables; la femme sera alors débitrice illimitée pour sa part dans les dettes. Si les héritiers sont solvables, les créanciers n'ont aucun intérêt à l'acceptation de la femme; c'est peut-être pour cette raison que l'article 1455 ne les mentionne pas. Toujours est-il que les principes ne laissent aucun doute, et le texte doit être interprété d'après les principes, puisqu'il n'est pas conçu en termes restrictifs (1).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 416, note 18, § 517. Marcadé, t. V, p. 607. n° II de l'article 1455. Mourlon, t. II, p. 90, n° 212.

391. Les créanciers de la femme peuvent-ils attaquer son acceptation dans le cas où elle aurait accepté en fraude de leurs droits? La question est controversée. Pothier la décide affirmativement. Il suppose que la femme a stipulé la reprise de ses apports, en cas de renonciation; si la communauté est mauvaise, la femme doit renoncer pour reprendre sa dot mobilière. Au lieu de renoncer, elle accepte pour décharger les héritiers du mari de la reprise de son apport; elle cause par là préjudice à ses créanciers. Il y aurait encore préjudice si elle avait accepté sans faire inventaire. On demande si les créanciers lésés peuvent attaquer l'acceptation comme frauduleuse. Pothier n'en faisait aucun doute : les créanciers, dit-il, pourront faire déclarer nulle et frauduleuse l'acceptation de la communauté faite par la femme et, sans y avoir égard, exercer la reprise de l'apport de la femme, leur débitrice, en abandonnant aux créanciers du mari la part de la femme dans la communauté (1).

Nous croyons que l'opinion de Pothier doit être suivie sous l'empire du code si l'on admet, comme on l'enseigne généralement, que les créanciers de la femme peuvent renoncer au nom de leur débitrice (n° 368). L'article 1167 donne aux créanciers le droit d'attaquer *les actes* faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, donc *tout acte* frauduleux et, par conséquent, l'acceptation de la communauté si elle est faite en fraude de leurs droits. On objecte l'article 1464, qui donne aux créanciers le droit d'attaquer la renonciation de la femme; en leur donnant le droit de demander la nullité de la renonciation, la loi n'entend-elle pas leur refuser le droit de demander la nullité de l'acceptation? Le deuxième alinéa de l'article 1167 semble confirmer cette interprétation restrictive en disposant que les créanciers doivent, quant à leurs droits énoncés au titre du *Contrat de mariage*, se conformer aux règles qui y sont prescrites : n'est-ce pas dire que les créanciers n'ont d'autres droits que ceux que la loi leur accorde expressément au titre du *Contrat de mariage?* Nous écartons d'abord l'ar-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 559.

ticle 1167, qui n'a pas le sens que nous venons de supposer; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 474). Quant à l'article 1464, il ne fait qu'appliquer le principe général de l'action paulienne; on n'en peut pas induire que le même principe ne doit pas recevoir son application à l'acceptation de la communauté, ce serait argumenter du silence de la loi pour déroger à la loi. On demandera pourquoi les auteurs du code ont fait une disposition formelle sur la renonciation alors qu'ils gardent le silence sur l'acceptation? Les auteurs répondent qu'il y a toujours eu controverse sur les actes de renonciation : sont-ils ou non soumis à l'action paulienne? En droit romain, on décidait la négative, tandis qu'en droit français on se prononçait pour l'affirmative; le code a voulu prévenir tout doute (1). Il y a une autre raison plus simple et, par conséquent, plus probable. L'acceptation frauduleuse n'est guère qu'une question de théorie; on l'agite à l'école, elle se présente rarement dans la pratique; or, les auteurs du code sont des praticiens, ils auront négligé une question qui leur paraissait oiseuse.

Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion des motifs que l'on donne pour l'opinion contraire (2). Il y a une objection que l'on ne fait point et qui nous paraît la plus sérieuse. Les créanciers font annuler l'acceptation comme frauduleuse : que feront-ils après? Pothier dit qu'ils exerceront les droits de la femme, leur débitrice, c'est-à-dire qu'ils renonceront. Cela suppose qu'ils ont le droit de renoncer, ce qui nous paraît très-douteux. La femme, en acceptant, a consommé son option, elle n'a plus de droit à exercer. Son acceptation subsiste quant à elle, elle est annulée uniquement dans l'intérêt des créanciers. Pour que ceux-ci eussent le droit de renoncer alors que leur débitrice ne l'a plus, ne faudrait-il pas un texte?

La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion généralement enseignée (3).

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 326, n° 1057; Mourlon, t. III, p. 90, n° 214; Colmet de Santerre, t. VI, p. 279, n° 121 *bis*.

(2) Ce que Troplong dit (t. II, p. 9, n° 1529) est insignifiant.

(3) Rejet, 5 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 520), et 5 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 239).

IV. *Effet de l'acceptation.*

392. Aux termes de l'article 777, l'acceptation d'une succession remonte au jour de l'ouverture de l'hérédité. Pothier applique le même principe à l'acceptation de la communauté. L'acceptation de la femme a un effet rétroactif au jour de la dissolution de la communauté, de sorte que la femme est réputée propriétaire par indivis pour une moitié de tous les biens dont la communauté s'est trouvée alors composée, ainsi que des fruits qui ont été perçus depuis ce temps et de tout ce qui est provenu des biens (1). Sans doute, la femme est copropriétaire des biens qui composent la communauté lors de la dissolution, mais son droit ne remonte-t-il pas plus haut? On ne peut pas la comparer à l'héritier; le successible acquiert un droit nouveau qui ne s'ouvre que par la mort de celui auquel il est appelé à succéder, tandis que la femme est commune en vertu de son contrat de mariage; elle n'acquiert pas un droit sur la communauté à la mort de son mari, son droit préexiste, elle est seulement appelée à exercer sa faculté d'option. Elle peut renoncer et, dans ce cas, elle n'a jamais été commune. Elle peut accepter, et, dans ce cas, elle a toujours été commune.

Pothier lui-même applique ce principe au passif. Par son acceptation, dit-il, la femme devient débitrice, pour sa part dans la communauté, de toutes les dettes de la communauté; elle est censée les avoir contractées en sa qualité de commune, conjointement avec son mari. Donc elle est commune avant la dissolution de la communauté; et si elle est commune pour les dettes, elle doit l'être pour les biens; elle est copropriétaire, comme elle est codébitrice, en vertu de sa qualité d'associée; et cette qualité date de la célébration de son mariage, c'est-à-dire de la convention tacite par laquelle, en se mariant sans contrat, elle a adopté le régime de communauté.

393. La femme, par suite de son acceptation, est cen-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 548.

sée avoir été partie dans tous les actes faits par le mari comme chef de la communauté. Est-ce à dire qu'elle ne puisse pas les attaquer pour cause de fraude ou de simulation? Non, la rétroactivité de l'acceptation n'est qu'une fiction ; il ne faut pas étendre la fiction à des cas pour lesquels certainement elle n'a pas été établie. Le mari dépouille la communauté par un acte frauduleux : dira-t-on que la femme est censée avoir concouru à cet acte, qu'elle y a parlé comme associée? Cela serait absurde, on ne peut pas dire que la femme agit elle-même en fraude de ses droits; la fiction ne doit pas aboutir à un non-sens. La femme est partie aux contrats sérieux, elle n'est pas partie aux actes qui sont dirigés contre elle; cela serait contradictoire. La femme reste étrangère à ces actes, comme le serait un tiers et, par suite, elle a les droits qui appartiennent à un tiers; elle peut les attaquer pour cause de fraude et de simulation, tandis qu'elle ne le pourrait pas si elle y était partie.

La cour de cassation l'a jugé ainsi (1), mais elle formule mal le principe. On lit dans l'arrêt que la femme qui accepte la communauté est censée avoir été *représentée* dans les actes que le mari a passés et que, par suite, elle est tenue de les respecter. La femme est plus que représentée dans les actes du mari, elle y est partie comme associée; elle est donc censée contracter avec le mari, et elle doit respecter ce qu'elle-même a fait. Mais il faut ajouter que c'est une fiction, et toute fiction doit être renfermée dans les limites de la loi, parce qu'elle est contraire à la réalité des choses : la vérité l'emporte dès que l'on n'est plus dans les termes de la fiction.

394. Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec une hypothèse qui paraît analogue, et qui est toute différente. Un père vend à son fils un bien de la communauté; l'acte est simulé et fait en fraude des créanciers du mari et de la communauté. La femme décède : ses héritiers peuvent-ils attaquer cet acte? Dans l'espèce, l'acte n'était pas fait en fraude de la femme; celle-ci, au contraire,

(1) Rejet, 31 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 340).

l'avait inspiré, elle en était coauteur, on peut dire complice; elle était donc sans qualité pour l'attaquer, loin de là, elle était responsable comme complice de la fraude. Or, les héritiers de la femme n'avaient pas plus de droits qu'elle; donc ils ne pouvaient attaquer les actes faits avec des tiers qui avaient contracté sur la foi de l'acte frauduleux (1),

§ III. *De la renonciation.*

Nº 1. QUAND LA FEMME VEUVE PEUT-ELLE RENONCER ?

395. La veuve peut-elle renoncer dans le délai de trois mois et quarante jours sans avoir fait inventaire? Il y a controverse, bien qu'à notre avis il n'y ait aucun doute. L'article 1453 décide la question : « Après la dissolution de la communauté, la femme a la faculté de l'accepter ou d'y renoncer. » La loi donne ce droit à la femme en termes absolus, sans en subordonner l'exercice à la confection d'un inventaire. Elle peut accepter immédiatement sans faire un inventaire, elle peut aussi renoncer. Il est vrai qu'en acceptant sans inventaire la femme ne peut causer aucun préjudice aux créanciers, tandis que sa renonciation sans inventaire peut leur être préjudiciable, puisque la femme peut avoir détourné des effets de la communauté, ce qu'il serait très-difficile de prouver, aucun acte ne constatant la consistance et la valeur du mobilier de la communauté. Le législateur aurait pu tenir compte de l'intérêt des créanciers et exiger que la femme fît inventaire avant de renoncer. Mais il ne l'a pas fait.

Dans l'ancien droit, la femme était obligée de faire inventaire alors même qu'elle renonçait dans le délai de trois mois et quarante jours. La raison en est, dit Pothier, que la femme veuve se trouve en possession de tous les effets de la communauté; il faut donc qu'elle justifie, si elle veut renoncer, qu'elle abandonne aux héritiers du mari et aux

(1) Rejet, 19 mai 1873 (Dalloz, 1874, 1, 23).

créanciers tous les effets qui appartiennent à la communauté; car la femme renonçante perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, même sur le mobilier qui y est entré de son chef (1).

Merlin a soutenu que le code avait consacré l'ancien droit. Le grand jurisconsulte est suspect quand il s'agit de la tradition, il est traditionnaliste outré, et bien des fois il s'est trompé en voulant maintenir le droit ancien que le code a abrogé. Dans l'espèce, son erreur est palpable : il suffit de mettre en regard le texte de la coutume de Paris et le texte de l'article 1456. L'article 237 de la coutume était ainsi conçu : « Il est loisible à toute femme de renoncer, après le trépas de son mari, à la communauté *en faisant faire bon et loyal inventaire.* » Cette disposition impose à la femme qui veut renoncer une condition : il faut qu'elle fasse inventaire. Pothier vient de nous en dire la raison. L'article 1456 a-t-il reproduit cette condition? Il porte : « La femme survivante *qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté* doit, dans les trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté. » L'inventaire est encore une condition, mais elle n'est pas imposée à la femme qui renonce immédiatement, dans le délai de trois mois; elle est imposée à la veuve qui ne veut pas prendre de parti pour le moment, tout en se réservant son droit d'option; dans ce cas, elle doit faire inventaire. Ainsi la coutume dit : La femme peut renoncer à condition de faire inventaire. Le code civil dit : La femme doit faire inventaire si elle veut conserver la faculté de renoncer. Donc quand la femme veut renoncer immédiatement, c'est-à-dire dans le délai de trois mois, elle n'est pas tenue de faire inventaire; aucune disposition de la loi ne l'y oblige; elle peut donc user du droit absolu que lui confère l'article 1453.

On oppose l'article 1442, aux termes duquel le survivant est toujours tenu de faire inventaire, sans distinguer s'il accepte ou s'il renonce. Cette objection confond deux

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 560.

ordres d'idées tout à fait distincts. L'article 1442 oblige le survivant à faire inventaire, alors même qu'il renoncerait ; mais la femme survivante a-t-elle le droit de renoncer sans faire inventaire? A cette question c'est l'article 1456 qui répond, et la réponse est affirmative, puisque la loi n'oblige pas la veuve de faire inventaire avant de renoncer. Renonce-t-elle dans le délai de trois mois sans avoir fait inventaire, sa renonciation est valable, mais elle sera sujette aux pénalités civiles prononcées par l'article 1442. Cette disposition concerne les deux époux ; l'article 1456 est spécial à la femme et à la femme veuve. L'article 1442 ne peut donc pas être invoqué pour interpréter l'article 1456 (1).

Les textes ne laissent aucun doute. Reste à savoir pourquoi les auteurs du code ont dérogé à l'ancien droit. La coutume de Paris voulait garantir les intérêts des héritiers du mari et des créanciers, mais la garantie était illusoire ; en effet, la coutume ne prescrivait aucun délai dans lequel l'inventaire devait être dressé ; or, l'inventaire n'est une garantie que lorsqu'il se fait de suite. Dira-t-on que les auteurs du code auraient dû maintenir l'obligation de l'inventaire en fixant un délai? Ce délai aurait dû être le délai ordinaire de trois mois ; même fait dans ce délai, l'inventaire n'aurait pas offert aux créanciers la garantie que l'on attend d'une description authentique du mobilier ; car la femme qui est en possession du mobilier peut détourner tout ce qu'elle veut avant que l'on commence l'inventaire, avant même que l'on puisse apposer les scellés. Toutefois nous aurions préféré que le législateur eût déclaré l'inventaire obligatoire : mieux vaut une garantie incomplète que l'absence de toute garantie.

La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion qui est généralement enseignée par les auteurs (2). Merlin invoque les travaux préparatoires ; il est inutile d'entrer dans ce débat ; le texte, quand il est formel, l'emporte sur les tra-

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 443, nº 1161. Aubry et Rau, t. V, p. 418, note 28, § 517.

(2) Besançon, 23 févr. 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 2166). Bruxelles, 4 février 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 48).

vaux préparatoires, qui sont toujours sujets à discussion et à controverse.

396. Dans quel délai l'inventaire doit-il être fait pour que la femme conserve la faculté de renoncer? L'article 1456 veut que l'inventaire soit fait dans le délai de trois mois; la loi n'ajoute pas quarante jours, ce dernier délai est accordé pour délibérer sur l'acceptation ou la répudiation; il est donc étranger à une disposition qui a pour objet de constater authentiquement la consistance et la valeur du mobilier de la communauté. L'inventaire doit être *fidèle* et *exact*. Un inventaire *infidèle* et *inexact* serait un moyen de tromper et de frustrer les créanciers; la femme qui, sciemment et de mauvaise foi, omettrait de comprendre dans l'inventaire des effets de la communauté serait déchue de la faculté de renoncer; ce serait un divertissement ou un recel. L'article 801 le dit de l'héritier bénéficiaire, et si la loi ne le répète pas pour la femme commune, c'est qu'elle n'est pas dans le cas d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

L'article 1456 ajoute que l'inventaire doit comprendre tous les biens de la communauté, donc les immeubles aussi bien que les meubles. En général, l'inventaire ne comprend que les effets mobiliers; la loi se montre plus rigoureuse à l'égard de la veuve, parce qu'elle pourrait supprimer les titres qui établissent la propriété de la communauté et divertir ainsi ou recéler les valeurs immobilières qui appartiennent à la communauté.

L'inventaire se fait sur les déclarations de la femme. Légalement rien n'en garantit la vérité. Voilà pourquoi la loi exige que l'inventaire se fasse contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés. Il suffit qu'ils soient *appelés*, il ne faut pas que leur abstention empêche la femme d'user de son droit.

Enfin, l'article 1456 dispose que la femme doit affirmer l'inventaire sincère et véritable, lors de sa clôture, devant l'officier public qui l'a reçu. C'est une garantie morale dont la valeur dépend de la moralité de la femme qui affirme la sincérité de ses déclarations. Quoi que l'on en dise, la moralité ne baisse pas, elle s'élève, et elle s'élèvera

encore davantage quand on aura compris que l'instruction des générations naissantes doit être tout ensemble le développement du sens moral et la culture des facultés intellectuelles.

397. Si la femme fait inventaire dans le délai de trois mois, elle conserve la faculté de renoncer. Pendant quel laps de temps? La loi ne le dit pas, et elle n'avait pas besoin de le dire; en faisant inventaire, la femme conserve son droit d'option ; or, elle a trente ans pour l'exercer, soit qu'elle veuille accepter, soit qu'elle veuille renoncer (n° 374). Mais ce droit est limité par celui des créanciers. Ceux-ci, dit l'article 1459, peuvent, après l'expiration du délai de trois mois, poursuivre la femme comme commune jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. L'article 1459 se rapporte aux deux articles qui précèdent; la femme qui a fait inventaire dans les trois mois peut opposer aux créanciers qui la poursuivent l'exception dilatoire résultant du délai de quarante jours que la loi lui accorde pour délibérer; c'est seulement à l'expiration du délai de trois mois et quarante jours que les créanciers ne peuvent plus être repoussés par l'exception dilatoire. Encore la veuve peut-elle, suivant les circonstances, demander au tribunal de première instance une prorogation du délai de trois mois et quarante jours ; cette prorogation est, s'il y a lieu, prononcée contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés (art. 1458). Si le délai est prorogé, l'exception dilatoire l'est également. Par contre, si l'inventaire est clos avant l'expiration des trois mois, la femme peut être poursuivie après l'expiration des quarante jours depuis la clôture de l'inventaire (art. 1460).

Le code dit que les créanciers peuvent poursuivre la femme *comme commune*. Est-ce à dire qu'il établisse une présomption d'acceptation? On dit d'ordinaire que la veuve est présumée acceptante si elle ne renonce pas dans le délai de trois mois et quarante jours (1). Cela n'est pas exact. Si la veuve n'a pas fait inventaire, elle est plus que

(1) Demante, *Cours analytique*, t. VI, p. 272, n° 111.

présumée acceptante, elle est acceptante, puisqu'elle est déchue de la faculté de renoncer (art. 1459); et si elle a fait inventaire sans se prononcer, c'est dans le but de conserver la faculté de renoncer; dès lors son droit d'option reste intact, il serait contradictoire de lui conserver son droit de renonciation et de la présumer acceptante. Le seul effet que produise son abstention après le délai de trois mois et quarante jours, c'est qu'elle n'a plus d'exception dilatoire; elle peut être poursuivie, et les frais des poursuites seront à sa charge si elle renonce.

398. Quelle est la situation de la femme quand elle n'a pas fait inventaire? Elle est déchue de la faculté de renoncer. C'est l'opinion consacrée par la jurisprudence, sauf quelques hésitations dans l'application du principe. Cette déchéance résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le texte est si clair, que l'on s'étonne qu'il ait donné lieu à une controverse. Aux termes de l'article 1456, la femme *qui veut conserver la faculté de renoncer* doit faire inventaire dans les trois mois. Donc si elle ne fait pas inventaire, elle ne conserve pas la faculté de renoncer; c'est bien dire qu'elle la perd, qu'elle en est déchue. Si la déchéance n'est pas prononcée littéralement, elle résulte nécessairement du texte; en effet, si la femme conservait la faculté de renoncer sans faire inventaire, l'article 1456 n'aurait plus de sens. On l'avoue, mais on prétend que cette disposition doit être combinée avec celle de l'article 1459, qui porte : « La veuve qui n'a point fait sa renonciation dans *ledélai ci-dessus prescrit n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si* elle ne s'est point immiscée et qu'elle *ait fait inventaire.* » Cet article est une conséquence de l'article 1456 et, loin de le modifier, il le confirme. Ces mots *et qu'elle ait fait inventaire* énoncent une condition; si la femme a fait inventaire, elle n'est pas déchue; donc si elle n'a pas fait inventaire, elle est déchue. Il n'y a qu'une légère difficulté de texte : l'article 1459 ne répète pas que l'inventaire doit être fait dans les trois mois, mais fallait-il que l'article 1459 répétât ce qu'avait dit l'article 1456? Quel est l'article qui exige l'inventaire comme condition du droit de renonciation? C'est l'article 1456;

c'est donc cette disposition qui est le siége de la matière, et non l'article 1459; celui-ci ne fait que s'en rapporter à ce qui vient d'être dit; il a uniquement pour objet de décider quelle est la conséquence du défaut de renonciation dans le délai ordinaire de trois mois et quarante jours : la femme peut-elle encore renoncer? peut-elle être poursuivie? C'est cette dernière question que l'article 1459 décide. La première question était déjà résolue; en effet, l'article 1454 avait dit que la femme qui s'est immiscée ne peut plus renoncer, et l'article 1456 avait dit que la veuve qui n'a pas fait inventaire dans le délai de trois mois ne peut plus renoncer. Si la loi répète ce qu'elle a déjà dit, c'est pour faire une réponse complète à la question de savoir quelle est la situation de la femme après l'expiration du délai de trois mois et quarante jours (1).

Voilà les textes. Quant à l'esprit de la loi, il ne saurait être douteux, puisque le texte est clair; et le texte, quand il est clair, nous apprend d'une manière certaine ce que le législateur a voulu dire. On peut trouver la loi trop rigoureuse, mais telle est la loi, il faut s'y tenir. Demandera-t-on le motif de cette rigueur? Les auteurs du code ont dérogé aux coutumes, d'après lesquelles il fallait toujours un inventaire pour que la femme pût renoncer, même dans le délai de trois mois; mais aussi l'inventaire pouvait être fait après ce délai. Le code est moins sévère dans la première hypothèse, il permet à la femme de renoncer dans les trois mois, sans qu'elle doive faire inventaire. Dans la seconde hypothèse, le code est plus sévère; après le délai de trois mois, la femme est déchue du droit de renoncer, à moins qu'elle n'ait fait inventaire dans ce délai. Donc, ou la renonciation dans le délai de trois mois, ou un inventaire : tel est le système de la loi. Pourquoi exige-t-elle un inventaire quand la femme ne renonce pas de suite? Parce que c'est la seule garantie qu'aient les créanciers, comme Pothier l'a déjà dit; or, pour que l'inventaire soit une garantie, il doit être fait le plus tôt pos-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 418 et suiv., note 30, § 517, et les autorités qu'ils citent. Il faut ajouter Bruxelles, 10 avril 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 212).

sible après la dissolution de la communauté. Le législateur a dû tenir compte des droits des créanciers, aussi bien que des droits de la femme.

Que tel soit le système du code, on n'en saurait douter si l'on consulte les observations du Tribunat. L'article 1461, tel qu'il fut voté par le conseil d'Etat, était ainsi conçu : « Si la veuve meurt avant l'expiration des trois mois et quarante jours, les héritiers peuvent renoncer à la communauté. Les héritiers peuvent renoncer après ledit délai, et *nonobstant le défaut d'inventaire,* tant qu'ils ne se sont pas immiscés. » Ainsi le projet était moins sévère pour les héritiers de la veuve que pour la veuve; il admettait les héritiers à renoncer malgré le défaut d'inventaire. Cette différence entre la veuve et les héritiers s'expliquait : la veuve est en possession de la communauté, elle peut facilement divertir, tandis que les héritiers peuvent ne pas être en possession. Néanmoins le Tribunat critiqua la disposition du projet; il n'admettait pas que les héritiers pussent renoncer alors qu'il n'y aurait eu aucun inventaire, ni de leur part, ni de la part de la femme. Il faut toujours un inventaire, dit le Tribunat, pour éviter des fraudes à l'égard des tiers (1). Si cette obligation est même imposée aux héritiers, à plus forte raison fallait-il la maintenir pour la veuve. Que l'on n'objecte pas que le Tribunat ne parle pas du délai dans lequel l'inventaire doit être fait; ce point n'était point en cause, il était réglé par l'article 1456, et le Tribunat ne songeait pas même que l'article 1459 y eût pu déroger. Il suffisait d'accorder aux héritiers un délai de trois mois pour faire inventaire.

399. Il nous faut encore combattre l'opinion contraire, parce qu'elle a trouvé un défenseur dans un des meilleurs interprètes du code civil. Colmet de Santerre se prévaut des articles 1456 et 1459, combinés avec les articles 794 et 800. Le droit de l'héritier et celui de la femme sont analogues. Qu'est-ce que la loi dit de l'héritier qui veut jouir du bénéfice d'inventaire? Il doit d'abord faire une déclaration au greffe; sous ce rapport, la situation du

(1) Observations du Tribunat, n° 12 (Locré, t. VI, p. 380).

successible et celle de la femme diffèrent : celle-ci jouit de plein droit de son bénéfice d'émolument, à condition de faire inventaire. Cette condition est commune à l'héritier. Ici il y a analogie parfaite. L'article 794 dit que la déclaration d'un héritier qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire des biens de la succession. Quand cet inventaire doit-il être fait? « Dans les délais qui seront ci-après déterminés », répond l'article 794. Quels sont ces délais? L'héritier a trois mois pour faire inventaire, dit l'article 795. Voilà une disposition identique à celle de l'article 1456, qui exige aussi de la veuve qu'elle fasse inventaire dans les trois mois si elle veut conserver ses droits de femme commune. Continuons la comparaison. Le délai de trois mois semble être un délai fatal pour le successible si l'on s'en tient à l'article 794, de même que le délai paraît fatal pour la veuve en vertu de l'article 1456. Mais l'article 800 explique l'article 1456; l'héritier conserve, après l'expiration du délai de trois mois, prorogé s'il y a lieu, la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier. En définitive, le délai de trois mois n'est pas fatal; l'héritier peut toujours accepter sous bénéfice d'inventaire, tant qu'il n'a pas accepté purement et simplement, en faisant acte d'héritier. Tel est aussi le droit de la femme commune, d'après l'article 1459 : elle n'est pas déchue de la faculté de renoncer, pourvu qu'elle ait fait inventaire, tant qu'elle ne s'est pas immiscée; l'article 1459 ne dit pas que l'inventaire doive être fait dans un certain délai, donc il peut toujours être fait tant que la veuve ne s'est pas immiscée (1).

La comparaison est ingénieuse, mais elle est fausse. L'article 794 ne dit pas, comme l'article 1456, que le successible qui veut conserver la faculté d'être héritier bénéficiaire doit faire inventaire dans les trois mois; il dit, ce qui est bien différent, que l'inventaire doit être fait dans

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 274, nº 115 *bis* I. Comparez Mourlon, t. III, p. 92, nº 216.

les délais qui seront ci-après déterminés; or, ces délais sont déterminés par les articles 795 et suivants jusques et y compris l'article 800; il en résulte qu'il y a un délai, mais qu'il n'est pas fatal; donc l'article 794, se rapportant à l'article 800, dit d'avance que l'héritier ne doit pas faire inventaire dans un délai fatal. Il en est tout autrement de l'article 1456; il dispose en termes absolus que la veuve doit faire inventaire dans les trois mois si elle veut conserver le droit de renoncer. L'article 1456 ne se rapporte pas à un article postérieur, comme le fait l'article 794; sa disposition est définitive. C'est, au contraire, l'article 1459 qui se rapporte à l'article 1456 pour répéter, en termes concis, ce qui a déjà été dit; or, un article qui répète ce qu'a dit un autre article ne peut pas modifier cet article. La différence de texte est décisive. Pour l'héritier bénéficiaire, le siége de la matière c'est l'article 800 combiné avec l'article 794. Pour la veuve, le siége de la matière est uniquement l'article 1456.

La différence de texte implique une différence de principe; l'héritier peut toujours faire inventaire, c'est-à-dire qu'il peut toujours être héritier bénéficiaire, ou héritier pur et simple, tant qu'il n'a pas fait acte d'héritier; tandis que la veuve ne conserve son droit d'option, après le délai de trois mois, que sous la condition de faire inventaire dans ce délai. Y a-t-il une raison de cette différence? ou notre interprétation aboutit-elle à une rigueur sans motif? La situation de la veuve diffère de la situation de l'héritier, donc le principe doit aussi différer (1). En effet, la veuve est en possession de la communauté, et l'héritier n'est pas en possession de l'hérédité. Or, c'est la possession des biens qui est un danger pour les créanciers comme pour les héritiers du mari; il n'y a qu'un moyen de garantir leurs intérêts, c'est un inventaire, et un inventaire dressé dans le plus bref délai, le délai traditionnel de trois mois. Voilà la raison de l'article 1456 et la justification de sa rigueur. Cette rigueur était inutile à l'égard de l'héritier; il n'est pas en possession de fait, il ne peut pas à chaque

(1) Marcadé, t. V, p. 610, n° II, de l'article 1459. Rodière et Pont, t. II, p. 444, n° 1162.

instant divertir, dissiper les biens de l'hérédité; la loi devait donc le laisser dans le droit commun, en lui permettant d'accepter sous bénéfice d'inventaire tant qu'il n'aurait pas accepté purement et simplement.

400. De nouvelles difficultés se présentent dans l'application du principe. La veuve doit faire inventaire dans les trois mois, sous peine d'être déchue de la faculté de renoncer. Si elle n'a pas fait inventaire, elle est acceptante sans avoir voulu accepter. De plus, elle ne jouit pas du bénéfice d'émolument, car ce bénéfice est attaché à la confection d'un inventaire et, d'après l'opinion commune, l'inventaire doit être fait dans les trois mois. La conséquence est rigoureuse; la veuve perd son bénéfice de femme commune, elle est tenue de sa part dans les dettes *ultra vires*. On conçoit que les tribunaux reculent devant une application rigoureuse de la loi quand la veuve est de bonne foi et que rien ne fait suspecter un détournement au préjudice des créanciers. En théorie, il est facile de décider la question : nous disons que le juge n'a pas à se préoccuper de ces considérations d'équité, qu'il n'a pas à rechercher s'il y a ou non des soupçons de divertissement. La loi veut un inventaire, et elle exige que cet inventaire soit fait dans le délai de trois mois. Si ces conditions ne sont pas remplies, la femme est déchue de la faculté de renoncer et le juge doit prononcer la déchéance. Le juge est un ministre de la loi, il n'est pas un ministre d'équité. Troplong a, sur ce point, de belles paroles, que l'on nous permettra de transcrire parce qu'elles viennent à l'appui du système d'interprétation que nous avons suivi dans tout le cours de nos *Principes*. « Nous concevons, dit-il, que l'intérêt qui s'attache à la position de la veuve fasse interpréter la loi avec autant d'équité que possible, mais il ne faut pas aller jusqu'à la violer... *Nulle cause n'est assez sacrée pour donner au magistrat le droit de substituer sa volonté à celle du législateur*. L'équité *cérébrine* est le plus grand des dangers, elle ôte toute confiance, elle laisse les justiciables sans boussole et sans guide(1). »

(1) Troplong, t. II, p. 15, n° 1543.

401. Malheureusement les auteurs oublient ces sages maximes que tous professent, mais que très-peu pratiquent. Une première difficulté se présente. L'inventaire doit être fait dans les trois mois : comment calculera-t-on ce délai? Il y a, sur la manière de calculer les délais, une règle qui résulte de la nature même des délais. La loi dit : dans les trois mois du jour du décès du mari. Le délai doit être complet, et pour qu'il le soit, on ne compte pas le jour du décès. Cela n'est pas douteux. Faut-il aller plus loin? La cour de Bordeaux a jugé que l'inventaire n'est pas tardif lorsqu'il est fait le jour qui suit l'expiration des trois mois. C'est violer la loi; aussi la cour est-elle obligée d'interpréter le texte à faux, en décidant que l'inventaire peut toujours être fait après les trois mois (1). La loi est violée. Que dit Troplong de cet arrêt? « Nous nous réunirons de tout notre cœur à ceux qui ne veulent pas que l'on calcule *avec minutie* le délai de trois mois. » Qu'est-ce à dire? Tout délai est arbitraire : pourquoi trois mois plutôt que deux ou quatre? La *minutie* est de l'essence des délais. Si un tribunal admettait une action un jour après l'accomplissement de la prescription, il violerait la loi; il la viole également quand il décide que la déchéance n'est pas encourue, alors qu'elle est encourue.

402. L'inventaire est soumis à certaines formes déterminées par le code de procédure : si l'une de ces formalités n'a pas été remplie, l'inventaire sera-t-il nul et la déchéance sera-t-elle encourue? L'article 943 ne prononce pas la peine de nullité. Qu'en faut-il conclure? est-ce que toute description du mobilier par le notaire dans les formes de la loi de ventôse sera valable, en ce sens que la déchéance ne sera pas encourue? La doctrine et la jurisprudence sont hésitantes. On pose en principe que l'inventaire doit être régulier, c'est-à-dire conforme au code de procédure; d'où suit qu'un inventaire irrégulier n'empêche pas la déchéance. Puis on ajoute que les tribunaux peuvent ne pas prononcer la déchéance si les irrégula-

(1) Bordeaux, 24 février 1829 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 2164).

rités paraissent, d'après les circonstances, être le résultat d'une erreur excusable (1). L'exception ne détruit-elle pas le principe? Si l'inventaire irrégulier est nul, qu'est-ce qui autorise le juge à ne pas prononcer la déchéance résultant du défaut d'inventaire?

Nous préférons le système consacré par un arrêt de la cour de Poitiers. Elle distingue les formalités substantielles, sans lesquelles il n'y a point d'inventaire, et les formalités non substantielles. Sont substantielles les formalités qui ont pour objet de constater les forces de la communauté, la remise des valeurs à la veuve qui déclare s'en charger à l'égard de tous les intéressés. Dans l'espèce, l'inventaire avait été dressé dans les formes légales, mais la clôture et l'affirmation de la sincérité de l'acte n'avaient eu lieu qu'après l'expiration du délai. Cette irrégularité devait-elle entraîner la nullité de l'inventaire? La clôture, dit la cour, n'est qu'une formule d'acte, l'inventaire même avait été fait et terminé dans les trois mois. Quant à l'affirmation, c'est une garantie morale dont la valeur ne dépend certes pas du jour où elle est faite(2). Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour ne décide pas la question de principe en termes absolus. Elle écarte toutefois l'article 943 du code de procédure, qu'elle ne cite pas, pour s'en tenir à l'article 1456. L'arrêt constate d'abord, comme le faisait la cour de Poitiers, que l'inventaire avait été achevé dans le délai de trois mois, qu'il constatait la totalité des valeurs de la succession, qu'il était d'ailleurs reconnu exact et fidèle. La cour en conclut qu'il réunissait toutes les conditions substantielles exigées par l'article 1456. Quant au retard apporté à la clôture de l'acte et à l'affirmation, la cour décide que la loi n'attache pas la nullité à ce retard et, de plus, l'arrêt attaqué expliquait que le retard avait une cause légitime dans l'espèce. La cour de cassation s'approprie, au fond. le système de la cour de Poitiers, en jugeant que les conditions *substantielles* de l'inventaire étaient observées ; et,

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 385, notes 11-13, § 515, et les autorités qui y sont citées.

(2) Poitiers, 7 mai 1857, et Rejet, 17 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 351)

chose remarquable, elle cherche ces conditions dans l'article 1456 plutôt que dans le code de procédure.

403. Autre est la question de savoir si l'inventaire peut être fait après l'expiration du délai de trois mois à raison des circonstances exceptionnelles où la femme se trouve. La décision est très-simple si l'on veut rester fidèle aux principes. Il n'appartient pas au juge de créer des exceptions, puisque ce serait faire la loi, et dans le code il n'y a pas d'exception à la règle établie par l'article 1456. Cela est décisif. La cour de Bruxelles s'est prononcée en ce sens; elle admet cependant une excuse qui résulte des principes généraux de droit. L'article 1456 impose à la veuve l'obligation de dresser un inventaire dans les trois mois; il prononce une déchéance pour le fait seul de n'avoir pas rempli cette formalité dans le délai légal. La déchéance est une peine qui suppose que la femme a pu faire l'inventaire dans le délai de la loi. S'il y avait impossibilité de fait ou de droit, on ne pourrait plus dire que la veuve a violé la loi; elle répondrait qu'il n'y a pas d'obligation de choses impossibles et que la loi ne peut pas la punir pour n'avoir point fait ce qu'elle était dans l'impossibilité de faire. Quand cette impossibilité existe-t-elle? Ceci est une question de fait qui, par sa nature, est abandonnée à l'appréciation du juge. La cour de Bruxelles cite des exemples qui se sont présentés dans la jurisprudence (1). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, les décisions de fait ne pouvant pas servir de précédents, puisqu'elles dépendent essentiellement des circonstances de la cause.

404. Dans le même ordre d'idées, on demande si l'inventaire peut être remplacé par un autre acte qui constate la consistance des biens de la communauté. La négative nous paraît certaine. Quand la loi veut se contenter d'un acte autre que l'inventaire, elle prend soin de le dire (article 1499); lorsqu'elle ne le dit pas, il faut s'en tenir au principe d'après lequel les formalités ne se suppléent pas

(1) Bruxelles, 12 août 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 218). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nos 2150-2161, et Aubry et Rau, t. V, p. 419, note 30, § 517, et les auteurs qu'ils citent.

et ne se remplissent pas par équipollent. La cour de cassation la jugé ainsi, sans cependant décider la question en principe. Dans l'espèce, on invoquait un procès-verbal du juge de paix qui constatait le peu d'importance des objets mobiliers de la communauté et, par suite, l'inutilité de l'apposition des scellés. La cour s'est bornée à dire, ce qui est évident, que cet acte ne pouvait être considéré comme un inventaire suffisant (1). Dans un autre procès, la femme se prévalait d'un état du mobilier, mais cet état ne comprenait point les autres effets, valeurs, marchandises et créances de la communauté; il ne répondait donc pas au vœu de l'article 1456, qui exige un inventaire de *tous* les biens. La femme alléguait encore une déclaration au bureau de l'enregistrement pour le payement des droits de mutation. La cour d'Amiens a jugé que ces actes n'équivalaient pas à un inventaire (2).

405. Il n'y a pas d'inventaire, partant la femme est déchue de la faculté de renoncer. Elle renonce néanmoins; cette renonciation est nulle. On demande si la femme peut se prévaloir de la nullité. La cour de cassation a décidé que la femme ne peut pas se dégager des effets d'une renonciation qui lui serait préjudiciable (3); l'arrêt ne donne pas d'autre motif, de sorte que la décision n'est qu'une affirmation. Elle est, du reste, de toute évidence. La déchéance est prononcée contre la femme et dans l'intérêt des créanciers; si la renonciation est nulle, la nullité concerne uniquement les créanciers, donc ceux-ci peuvent seuls l'invoquer. C'est l'application du principe qui régit les nullités quand elles ne sont pas d'ordre public; or, la déchéance de l'article 1456 et la nullité qui en résulte sont de pur intérêt privé.

(1) Rejet, 30 avril 1849 (Dalloz, 1850, 1, 117).
(2) Amiens, 22 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 282).
(3) Cassation, 6 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 1, 479).

Nº 2. QUAND LA FEMME DIVORCÉE, SÉPARÉE DE CORPS OU DE BIENS, PEUT-ELLE OU DOIT-ELLE RENONCER?

406. L'article 1463 porte : « La femme divorcée ou séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcés, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé. » Cette disposition modifie le droit d'option que l'article 1453 accorde à la femme quand la communauté est dissoute. L'article 1453 donne implicitement à la femme un délai de trente ans pour exercer son droit. Lorsque la communauté se dissout par la mort du mari, la veuve a trente ans pour se prononcer, sous la condition qu'elle fasse inventaire dans les trois mois, et sauf le droit des créanciers d'agir contre la veuve après l'expiration du délai de trois mois et quarante jours. Il en est autrement lorsque la communauté est dissoute par le divorce ou la séparation de corps. La femme divorcée ou séparée de corps a aussi le droit d'option ; elle peut, de même que la veuve, accepter la communauté ou y renoncer immédiatement. Mais elle doit se prononcer au plus tard dans le délai de trois mois et quarante jours, prorogé, s'il y a lieu, par le tribunal. Si elle reste dans l'inaction, elle sera censée avoir renoncé, par cela seul qu'elle n'aura pas accepté dans ce délai. Quelle est la raison de la différence que la loi fait entre la veuve et la femme divorcée ou séparée de corps? La première a trente ans pour exercer son droit d'option, la seconde n'a qu'un délai de trois mois et quarante jours. Quand la communauté se dissout par le divorce ou la séparation de corps, le mari est en possession de la communauté, et c'est contre lui que la femme doit former sa demande en partage si elle entend accepter. Régulièrement elle acceptera, puisque le divorce ou la séparation de corps n'impliquent pas que la communauté soit mauvaise. Et si elle accepte, elle se hâtera d'exercer ses droits ; car la haine qui divise les

époux, le scandale d'une rupture judiciaire exciteront la femme, demanderesse ou défenderesse, à agir de suite; elle n'a aucune raison pour attendre, tout la porte à poursuivre le mari à outrance. Si, au lieu de réclamer sa part dans la communauté, la femme garde le silence, qu'en faut-il conclure? C'est que la communauté est mauvaise et que la femme n'a pas de droit utile à exercer. Voilà pourquoi la loi dit qu'elle est censée renonçante (1).

407. La loi ne parle pas de la femme séparée de biens. Faut-il l'assimiler à la femme séparée de corps ou divorcée? On admet généralement l'affirmative, parce qu'il y a même raison de décider, et même raison plus forte. Cela n'est pas tout à fait exact. Le motif que nous venons de donner pour la séparation de corps et le divorce ne s'applique que dans une très-faible mesure à la séparation de biens; la demande de la femme concerne uniquement ses intérêts pécuniaires, et ces intérêts peuvent être compromis sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au mari. Mais il y a une autre considération qui doit porter la femme à agir le plus tôt possible. Pourquoi a-t-elle demandé la dissolution de la communauté? C'est parce que sa dot ou ses reprises sont en péril; c'est à cause de ce danger que la loi fait rétroagir le jugement, afin d'empêcher le mari d'achever la ruine de la femme. La même raison doit engager la femme à accepter de suite et à demander le partage si la communauté présente des avantages. Que doit-on donc conclure de son inaction? C'est que la communauté est mauvaise, que la femme n'a aucun intérêt à l'accepter, partant qu'elle est renonçante (2).

En théorie, cela est très-vrai, mais il reste une difficulté de texte et de principes. L'article 1463 déroge à la règle établie par l'article 1453 : peut-on étendre une disposition exceptionnelle? Le silence que la femme garde pendant trois mois et quarante jours entraîne la déchéance du droit d'option : peut-on prononcer une déchéance par voie d'analogie? Dans l'opinion générale, comme nous allons

(1) Comparez Troplong, t. II, p. 24, nº 1574.
(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 415, note 13, § 517.

le dire, l'article 1463 établit une présomption de renonciation : est-ce que les présomptions légales peuvent être étendues d'un cas à un autre? Voilà bien des motifs de douter. Le texte confirme ces doutes : il ne parle que de la femme séparée de corps et de biens; si l'intention du législateur avait été de mettre la femme séparée de biens sur la même ligne que la femme séparée de corps ou divorcée, pourquoi ne l'aurait-il pas dit? Il faut qu'il y ait une raison de ce silence; la loi parle de la femme veuve, puis de la femme séparée de corps ou divorcée, elle ne dit rien de la femme séparée de biens. Pourquoi cette omission (1)?

Ce que disent les auteurs n'est rien moins que satisfaisant. La séparation de biens, dit-on, se confond avec la séparation de corps, puisque celle-ci emporte toujours séparation de biens (art. 311). L'argument peut se retourner contre ceux qui l'invoquent. Si la loi avait entendu parler de la séparation de biens en général, soit qu'elle procède de la séparation de corps, soit que le tribunal la prononce sur la demande de la femme, l'article 1463 aurait dû dire : la femme *séparée de biens*, ce qui aurait compris la femme *séparée de corps*; mais l'expression *femme séparée de corps* ne comprend pas la femme *séparée de biens*. D'autres auteurs se tirent d'embarras par le moyen commode des présomptions qu'ils imaginent : l'article 1463, disent-ils, repose sur une présomption, laquelle résulte de probabilités; or, les probabilités de renonciation sont plus grandes en cas de séparation de biens qu'en cas de séparation de corps; donc il y a présomption plus forte, et partant la femme séparée de biens doit aussi être renonçante par argument *a fortiori*. Qui ne voit que ce raisonnement consiste en présomptions de l'homme, dont on se prévaut pour étendre une présomption légale? Ce qui est contraire à tout principe. Duranton, toujours mesuré dans ses opinions, s'exprime avec hésitation. « La femme séparée de biens, dit-il, est présumée ne pas vouloir accepter une communauté en désordre »; puis il ajoute : « Du reste, il est

(1) Comparez Bellot des Minières, t. II, p. 312.

toujours plus régulier de faire la renonciation » (au greffe)(1). La jurisprudence ne nous offre pas plus de lumières. Un arrêt d'Agen ne fait que reproduire la doctrine des auteurs que nous venons d'analyser (2). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Rouen qui décide que l'article 1463 ne s'applique pas à la femme séparée de biens (3).

Que l'intention des auteurs du code ait été de ne pas comprendre la femme séparée de biens dans l'article 1463, cela ne nous paraît guère douteux. Rappelons-nous que l'article 1444 déclare nulle la séparation de biens si elle n'a pas été exécutée par le payement réel des droits et reprises de la femme, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement. A quoi tendent ces poursuites et quel est l'objet du payement? A remplir la femme de tout ce qui lui revient en cas de séparation, donc à lui donner, outre ses reprises, sa part dans la communauté. La femme doit donc, si elle veut accepter, poursuivre de suite la liquidation de la communauté. Si elle ne le fait pas et si elle ne réclame pas ses reprises, le jugement qui a prononcé la séparation est nul, c'est-à-dire que la communauté n'est pas dissoute. Dans ce système, il n'y avait pas lieu de s'occuper du délai après lequel la femme séparée était censée renonçante; la femme devait, si elle voulait la dissolution de la communauté, agir et se prononcer, par conséquent, dans la quinzaine; il n'y avait donc pas lieu de lui appliquer le délai de trois mois et quarante jours : la disposition de l'article 1463 lui est étrangère.

Le code de procédure (art. 174) a dérogé à l'article 1444, comme nous l'avons dit plus haut, en ce qui concerne les droits qui appartiennent à la femme sur la communauté; il lui donne un délai de trois mois pour faire inventaire et de quarante jours pour délibérer. Il en résulte que la femme ne doit plus exécuter le jugement dans la quinzaine, ni, par conséquent, prendre qualité dans ce délai,

(1) Odier, t. I, p. 428, n° 456. Marcadé, t. V, p. 618, n° III de l'art. 1463. Duranton, t. XIV, p. 584, n° 459.
(2) Agen, 14 mai 1861 (Dalloz, 1861, 2, 226).
(3) Rouen, 10 juillet 1826 Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2250).

mais il faut toujours qu'elle le fasse dans le délai de trois mois et quarante jours, sous peine de nullité de la séparation. En ce sens, l'article 1463 ne lui est pas applicable (1). Nous laisserons donc de côté la femme séparée de biens, pour ne nous occuper, comme le fait l'article 1463, que de la femme divorcée ou séparée de corps.

408. Le délai établi par l'article 1463 donne lieu à une légère difficulté. Il commence à courir, d'après les termes de la loi, « après le divorce ou la séparation de corps *définitivement prononcés* ». Les mots *définitivement prononcés* se rapportent au jugement qui a prononcé le divorce ou la séparation de corps. Cela n'est pas douteux en ce qui concerne la séparation de corps, puisqu'elle existe en vertu de la sentence du juge. La loi entend par jugement définitivement prononcé le jugement qui ne peut plus être attaqué par les voies ordinaires ; alors seulement la séparation de corps est définitive, et la femme doit songer au règlement de ses intérêts pécuniaires. C'est l'interprétation donnée par la cour de cassation (2) ; elle est admise par tous les auteurs. Le divorce ne se prononce pas par jugement ; le juge admet seulement le divorce, et il autorise le demandeur, en cas de divorce pour cause déterminée, à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer (art. 258). Quand le divorce est demandé par consentement mutuel, les parties doivent se présenter ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce ; si elles ne se présentent pas dans les vingt jours, le jugement demeurera comme non avenu (art. 294). Le délai de l'article 1463 ne peut donc pas courir, en cas de divorce, du jour où le jugement est passé en force de chose jugée ; il court du jour où l'officier de l'état civil a prononcé le divorce (3).

409. Quels sont les droits de la femme divorcée ou séparée de corps ? L'article 1463 dit qu'elle est censée avoir renoncé à la communauté quand elle ne l'a point

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 278, n° 115 *bis* I.
(2) Rejet, 2 déc. 1834 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2129).
(3) Rodiere et Pont, t. II, p. 316, n° 1042. Aubry et Rau, t. V, p. 415, note 15, § 517.

acceptée dans les trois mois et quarante jours. Elle peut donc accepter, mais elle doit le faire avant l'expiration de ce délai. L'acceptation peut être expresse ou tacite, puisque la loi ne distingue pas; cela a été contesté; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 380). La femme peut aussi renoncer dans ce délai; on admet même qu'elle le peut avant le jugement quand il s'agit de la séparation de biens et, par conséquent, de la séparation de corps. A notre avis, la renonciation à un droit qui n'est pas ouvert ne se conçoit pas (n° 352). Quel que soit le parti que la femme veuille prendre, elle n'est pas obligée de faire inventaire. Cela aussi a été contesté; mais peut-il être question d'une obligation légale sans loi? La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (1). Il n'y avait d'ailleurs aucune raison pour exiger un inventaire; la veuve ne doit pas même faire inventaire quand elle renonce dans les trois mois, c'est seulement pour conserver le droit de renoncer après ce délai qu'elle est obligée de faire inventaire. Or, la femme divorcée ou séparée de corps ne peut pas conserver le droit de renoncer, puisqu'elle est réputée renonçante en vertu de la loi.

410. L'article 1463 dit que la femme divorcée ou séparée de corps peut, si elle est encore dans le délai de trois mois et quarante jours, en obtenir la prorogation en justice contradictoirement avec le mari ou lui dûment appelé. Cette prorogation est de droit dans tous les cas où la loi accorde un délai pour faire inventaire et pour délibérer. Il a été jugé que la femme jouit du même bénéfice dans le cas où des contestations qu'il n'a pas dépendu d'elle de faire cesser l'ont empêchée d'exercer le droit d'option qui lui appartient dans le délai de trois mois et quarante jours. Dans l'espèce, la question n'était guère douteuse; car le mari avait consenti à la prolongation du délai en ne considérant pas la femme comme renonçante malgré l'expiration du délai. Comme la disposition de l'article 1463 a pour objet unique les intérêts des époux, la cour a pu dé-

(1) Rouen, 10 juillet 1826, et Grenoble, 12 février 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n°s 2250 et 170). Comparez Marcadé, t. V, p. 615, n° I de l'article 1463; Rodière et Pont, t. II, p. 448, n° 1170.

cider que la femme était en droit d'opposer au mari ses propres agissements (1).

411. Aux termes de l'article 1463, la femme divorcée ou séparée de corps est *censée* renonçante quand elle n'a pas accepté la communauté dans le délai de trois mois et quarante jours. Le mot *censé* exprime-t-il une présomption? et cette présomption admet-elle la preuve contraire? La plupart des auteurs enseignent que la loi établit une présomption de renonciation, mais que la femme n'est pas admise à la preuve contraire (2). S'il y avait présomption, il faudrait dire que la preuve contraire est admise. En effet, l'article 1352 pose en principe que la présomption légale peut être combattue par la preuve contraire; il n'y a que deux exceptions à cette règle : la seule que l'on pourrait invoquer dans l'espèce est la seconde, c'est-à-dire que la loi déniant à la femme l'action en justice sur le fondement de la présomption qu'elle établit, nulle preuve contre la présomption n'est reçue. Mais peut-on dire que la loi dénie l'action en justice à la femme divorcée ou séparée de corps qui n'accepte pas dans le délai légal? La loi déclare la femme déchue de son droit d'option; or, ce droit s'exerce sans action judiciaire; cela est si vrai que l'acceptation de la femme peut être tacite, elle résulte d'un fait de la femme, indépendant de toute action judiciaire. Le texte qui consacre l'exception n'étant pas applicable, la femme peut invoquer la règle; si donc il y avait présomption, la femme devrait être admise à prouver qu'elle n'a pas entendu renoncer, et que, partant, elle est encore en droit d'accepter.

Nous ne croyons pas que la loi établisse une véritable présomption (3). L'article 1463 déroge à la disposition de l'article 1453, qui donne à la femme le droit d'option, en termes absolus, sans exiger que ce droit soit exercé dans

(1) Rennes, 26 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 246).

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 449, n° 1171. Marcadé, t. V, p. 616, n° II de l'article 1463. Agen, 21 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 160).

(3) Voyez, en sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 277, n° 119 *bis* II. L'auteur enseigne que la femme divorcée ou séparée de corps peut toujours accepter, de même que la veuve peut toujours renoncer. Cette opinion tient au système de l'auteur que nous avons combattu (n° 400).

un certain délai et quelle que soit la cause qui a entraîné la dissolution de la communauté. La règle est donc celle-ci : La femme a trente ans pour exercer son droit d'option ; après ce délai, elle devient étrangère à la communauté ; l'article 1463 ne dit pas que la femme est censée renonçante ; mais le résultat est le même, son droit d'option est prescrit, elle ne peut plus accepter ; elle est donc dans la situation de la femme qui a renoncé. L'article 1463 déroge à cette règle quand il s'agit de la femme divorcée ou séparée de corps ; tandis que la femme veuve a trente ans pour exercer son droit d'option, la femme divorcée ou séparée de corps doit l'exercer dans les trois mois et quarante jours. Si elle ne le fait pas, qu'en résultera-t-il? La loi dit qu'elle est censée renonçante ; elle ne peut plus accepter, elle a perdu son droit d'option, comme la femme veuve le perd après trente ans.

On objecte le texte. L'article 1463 ne dit pas que la femme est renonçante, il dit que la femme est *censée* renonçante, ce qui marque qu'il y a une simple présomption. Nous répondons que le mot *censé* n'indique pas toujours une présomption. L'article 785 dit que l'héritier qui renonce *est censé* n'avoir jamais été héritier. Est-ce une simple présomption? Non, certes, c'est une disposition de la loi qui déclare l'héritier renonçant étranger à l'hérédité. Il y a une certaine opposition entre la réalité et le fait, car le successible renonçant a été héritier. C'est cette opposition que le mot *censé* exprime. L'article 883 dit, dans le même sens, que chaque héritier *est censé* avoir succédé seul aux objets compris dans son lot ; ici la fiction est complète. Mais la fiction n'est pas une présomption. Dans le cas de l'article 1463, il se peut aussi que la décision de la loi soit une fiction ; elle suppose que la femme renonce par cela seul qu'elle n'accepte pas ; cette supposition peut ne pas être fondée. Ne serait-ce pas pour marquer cette idée que la loi se sert de l'expression que la femme est *censée* avoir renoncé? Toujours est-il que le mot *censé*, souvent employé par le code civil, ne marque pas une présomption.

Nous n'admettons qu'une seule exception à l'arti-

cle 1463, c'est le cas où la femme aurait été induite à ne pas accepter par les manœuvres frauduleuses du mari; elle serait admise, dans ce cas, à accepter. C'est le droit commun; l'exception de fraude et de dol n'a pas besoin d'être écrite dans loi, elle est de droit. La femme peut attaquer, pour cause de dol, l'acceptation qu'elle a faite de la communauté (art. 1455); elle peut aussi demander la nullité de la renonciation expresse qui lui a été surprise par dol. Pourquoi ne pourrait-elle pas revenir sur la renonciation tacite de l'article 1463? Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens (1).

N° 3. FORMES DE LA RENONCIATION.

412. La renonciation à la communauté, de même que la renonciation à la succession, est, en principe, un acte solennel, et la solennité est la même. L'article 1457 porte : « Dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari, la femme survivante doit faire sa renonciation au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile; cet acte doit être inscrit sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession. » Nous renvoyons, pour les motifs et les détails, au titre qui est le siége de la matière (t. IX, n° 428).

413. Quand on dit que la renonciation est un acte solennel, cela suppose qu'il s'agit des rapports de la femme survivante avec les tiers créanciers. Entre le mari et la femme ou leurs héritiers, la renonciation peut se faire par voie de convention, bien entendu qu'elle n'aura d'effet qu'entre les parties contractantes. La cour de Nîmes l'a jugé ainsi et sa décision a été confirmée par un arrêt de rejet. Si la loi prescrit un acte authentique pour la renonciation et la publicité, c'est uniquement dans l'intérêt des créanciers qui doivent savoir si la femme accepte ou si elle renonce, afin qu'ils sachent contre qui ils doivent diriger leurs poursuites. Quand leur intérêt n'est pas en

(1) Bruxelles, 16 février 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 288).

cause, la femme et les héritiers du mari peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables; la loi n'intervient pas dans le règlement des intérêts purement privés; elle laisse, à cet égard, pleine liberté aux parties (1).

414. L'article 1457 ne parle que de la femme survivante. Que faut-il dire de la femme divorcée, séparée de corps ou de biens? Le code civil ne prescrit pas de formes dans ces cas, parce que dans le système de l'article 1463 la renonciation est tacite, en ce sens que la femme divorcée ou séparée de corps n'a pas besoin de faire une renonciation au greffe; il suffit qu'elle n'ait pas accepté dans le délai de trois mois et quarante jours pour qu'elle soit renonçante; les tiers sont donc avertis par la loi et par l'inaction de la femme. Dans notre opinion, l'article 1463 n'est pas applicable à la femme séparée de biens; le code de procédure confirme cette interprétation. En effet, l'article 874 porte : « La renonciation de la femme séparée de biens sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation. » Il n'y a pas de disposition analogue pour la femme séparée de corps ou divorcée; elles peuvent, sans doute, faire leur renonciation au greffe; mais c'est un acte inutile, puisque la renonciation tacite suffit; si la loi prescrit un acte solennel pour la femme séparée de biens, c'est qu'à son égard la renonciation n'est pas tacite.

415. Il faut appliquer à la femme séparée de biens ce que nous avons dit de la femme survivante; la solennité de la renonciation n'est requise qu'à l'égard des tiers créanciers. Entre le mari et la femme la renonciation peut se faire par voie de convention. La cour de cassation l'a jugé ainsi par application du principe général qui donne force obligatoire à toute convention intervenue sur des intérêts privés, lorsque l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas en cause. Dans l'espèce, la femme avait expressément renoncé à la communauté, d'abord

(1) Rejet, 4 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 131). Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 496, nº 432

dans les conclusions prises lors de la demande en séparation, puis par le consentement qu'elle avait donné, dans la liquidation de ses reprises, à ce que le mari profitât seul des valeurs de la communauté sans faire d'autre réserve que celle d'exercer, le cas échéant, ses droits de survie; ce consentement avait été accepté par le mari, sanctionné et mis à exécution par le jugement qui avait liquidé les droits de la femme. Il y avait donc contrat, ce qui suffisait pour lier la femme à l'égard de son mari. La femme, au mépris de sa renonciation, provoqua le partage de la communauté; elle fut déclarée non recevable (1).

N° 4. PAR QUI ET POUR QUELLES CAUSES LA RENONCIATION PEUT ÊTRE ATTAQUÉE.

416. Il a été jugé que, à la différence de la renonciation à la succession, la renonciation à la communauté est irrévocable, en ce sens que la femme renonçante ne peut pas revenir sur sa renonciation (2). La cour de Bruxelles fait allusion à l'article 790 qui permet à l'héritier renonçant d'accepter encore la succession, tant qu'elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers et que la prescription du droit héréditaire n'est pas accomplie. Cette disposition, tout à fait exceptionnelle, ne peut recevoir d'application à la femme commune; il aurait fallu une disposition expresse pour que la femme pût revenir sur sa renonciation après qu'elle a consommé son droit d'option; le silence de la loi suffit pour que l'on doive maintenir le principe en vertu duquel la manifestation de volonté de la femme est irrévocable soit qu'elle renonce, soit qu'elle accepte.

417. Mais la femme est admise à attaquer sa renonciation dans les cas où elle peut attaquer son acceptation. Quand elle est mineure, le conseil de famille doit intervenir pour l'autoriser à renoncer à la communauté. Si elle renonce sans autorisation, l'acte est nul en la forme et, par suite, la femme en peut demander l'annulation en

(1) Dijon, 9 août 1826, et Rejet, 8 novembre 1827 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2251).
(2) Bruxelles, 5 août 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 355).

prouvant que les formes n'ont pas été observées. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut de l'acceptation (n° 390); les principes sont identiques.

La femme majeure peut attaquer sa renonciation quand il y a eu dol de la part des héritiers du mari. Il est vrai que la loi ne dit pas de la renonciation ce qu'elle dit de l'acceptation (art. 1455), mais il était inutile de le dire, puisque l'article 1455 ne fait qu'appliquer à l'acceptation les principes qui régissent toute manifestation de volonté, et les mêmes principes sont applicables à la renonciation (1).

La cour de cassation a jugé que la femme devait agir dans les dix ans, en vertu de l'article 1304, mais que le délai ne commence à courir, conformément à cet article, que du jour où le dol a été découvert, ce qui est une question de fait dont l'appréciation appartient aux juges du fond (2). Cela suppose que la renonciation est conventionnelle, car la prescription de dix ans établie par l'article 1304 n'est applicable qu'à l'action en nullité des conventions; dans l'espèce décidée par la cour de cassation, la renonciation avait eu lieu par transaction. Si elle se faisait au greffe, sans convention, l'article 1304 ne serait plus applicable; on rentrerait dans la règle génerale d'après laquelle toute action se prescrit par trente ans.

418. Aux termes de l'article 1464, « les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers *en fraude* de leurs créances, et accepter la communauté de leur chef. » C'est l'application du principe de l'action paulienne ; les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167). On demande si les créanciers de la femme doivent prouver que la renonciation est frauduleuse? La question paraît singulière quand on lit l'article que nous venons de transcrire : peut-il y avoir une action paulienne sans fraude? Toutefois d'excellents auteurs enseignent que dans l'article 1464 il faut

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 416, note 19, § 517 (4e éd.).
(2) Rejet, 10 déc. 1816 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2244).

substituer aux mots : *en fraude de leurs droits*, les expressions : *au préjudice de leurs droits* (1). Ce sont les termes de l'article 788 qui prévoit le cas identique de la renonciation à une succession et qui semble accorder l'action paulienne aux créanciers, par cela seul que la renonciation leur est préjudiciable. Nous avons examiné, au titre des *Obligations*, la difficulté que présentent les renonciations en ce qui concerne l'action paulienne. Il nous semble que logiquement l'article 1167, qui établit le principe et qui exige la fraude, doit l'emporter sur une disposition qui ne fait qu'appliquer le principe ; il nous paraît surtout impossible de changer le texte de l'article 1464, alors que cette disposition ne fait qu'appliquer la règle de l'article 1167 ; si erreur il y a dans la loi, c'est dans l'article 788, qui s'écarte du principe, et non dans l'article 1464, qui l'applique. Nous maintenons donc la condition de fraude, sans laquelle il ne saurait y avoir d'action paulienne (2).

419. Quel est l'effet du jugement qui annule la renonciation? Quand c'est la femme qui demande la nullité pour cause de minorité ou pour cause de dol, elle se trouve replacée dans l'état où elle était avant d'avoir renoncé, c'est-à-dire qu'elle conserve son droit d'option, et elle l'exerce d'après le droit commun. Si les créanciers ont obtenu l'annulation de la renonciation faite en fraude de leurs droits, le jugement ne produit d'effet qu'à leur égard et dans leur intérêt; la renonciation subsiste quant à la femme. C'est le droit commun en matière d'action paulienne; le débiteur qui agit en fraude de ses créanciers ne peut pas profiter de l'annulation de l'acte frauduleux, personne ne pouvant retirer un avantage de son dol. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 416, note 22, § 517. Duranton, t. XIV, p 585, 462.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 279, n° 121 *bis*.

N° 5. EFFET DE LA RENONCIATION.

420. Le code règle les effets de la renonciation après avoir traité du partage de la communauté, auquel il est procédé quand la femme l'accepte. Nous suivons le même ordre. Pour le moment, nous n'avons à nous occuper que du principe. La loi ne dit pas quel est l'effet de la renonciation; il faut appliquer par analogie l'article 785, aux termes duquel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. La femme qui renonce est donc censée n'avoir jamais été associée; la communauté reste au mari ou à ses héritiers pour l'actif et pour le passif (1). L'article 785 ne s'exprime pas en termes aussi absolus; il dit que l'héritier est *censé* n'avoir jamais été héritier. Cette expression, comme nous l'avons dit (n° 411), implique une espèce de fiction. Il est impossible, surtout en matière de communauté, que la renonciation de la femme détruise tout ce qui s'est fait depuis la célébration du mariage. Et si la femme s'est obligée personnellement avec autorisation du mari, elle reste tenue de l'obligation qu'elle a contractée à l'égard des créanciers. Le mari a administré les biens de la femme, tous les actes qu'il a faits restent valables, malgré la renonciation de la femme. La fiction de la rétroactivité ne reçoit d'application que dans les limites de la loi. Nous dirons plus loin quelles sont ces limites.

§ IV. *Droits des héritiers de la femme.*

421. La loi donne le droit d'option aux héritiers de la femme (art. 1453). Ceux-ci jouissent donc, en principe, des mêmes droits que la femme. Pour l'application du principe, il faut distinguer si la communauté se dissout par la mort de la femme ou si elle se dissout par la mort du mari, et si la femme vient à décéder avant d'avoir pu exercer son droit d'option.

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 453, n° 1179.

Nº 1. DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ PAR LA MORT DE LA FEMME.

422. Les héritiers de la femme ont le droit d'option: il n'y a aucune difficulté quand ils s'entendent; ils accepteront ou ils renonceront. Mais que faut-il décider quand ils ne sont pas d'accord? L'un veut accepter, l'autre veut renoncer : peuvent-ils prendre chacun le parti qu'ils préfèrent? L'article 1475 répond à notre question ; il suppose que les héritiers de la femme sont divisés, en sorte que l'un accepte la communauté à laquelle l'autre a renoncé; la loi règle les conséquences qui résultent de cet état de choses, elle l'accepte donc comme légitime. C'est la doctrine de Pothier. Le droit, dit-il, que la femme a d'avoir la moitié des biens de la communauté est divisible, puisqu'il a pour objet quelque chose de divisible, les biens qui composent la communauté étant divisibles, au moins intellectuellement, ce qui suffit pour que le droit soit divisible. De là suit que le droit de la femme se divise de plein droit entre ses héritiers, de même que tous les droits divisibles qu'elle laisse dans son patrimoine; chacun des héritiers y succède pour sa part héréditaire(1). Pothier considère le droit de la femme, sous le rapport de l'acceptation, comme un droit dans les biens; mais si le droit est divisible quand les héritiers acceptent, il est divisible aussi quand ils renoncent, le mode d'user d'un droit n'en changeant pas la nature. Ainsi si la femme laisse quatre héritiers succédant chacun pour un quart, le droit à la communauté se divise entre eux; chacun y a un quart et use de ce quart comme il l'entend, soit en l'acceptant, soit en y renonçant.

423. Le héritiers se divisent; dans l'exemple que nous venons de donner d'après Pothier, l'un des quatre héritiers accepte, les trois autres renoncent. Quel est le droit de l'acceptant, et que devient le droit des renonçants? L'article 1475 dit que celui qui a accepté ne peut prendre que sa portion *virile* et *héréditaire* dans les biens qui

(1) Pothier, *De la communauté*, nº 577.

échoient au lot de la femme. Le mot *virile* est de trop, il suppose que la part des héritiers est égale ; cela peut être, mais cela peut aussi ne pas être ; et si les parts sont inégales, il n'est plus exact de dire que l'acceptant prend une part virile, il prend une part héréditaire. Il n'y a aucun doute sur ce point.

La loi s'exprime restrictivement : elle dit que l'héritier acceptant ne peut prendre *que sa part héréditaire*. Cela implique qu'il n'a aucun droit sur les parts des renonçants. Reste à savoir ce que deviennent ces parts. L'article 1475 décide que « le surplus reste au mari ». C'est donc le mari qui profite de la part de l'héritier qui renonce. Les auteurs du code ont suivi, sur ce point, l'opinion de Pothier. La question était controversée dans l'ancien droit. Lebrun soutenait que la part des renonçants devait accroître à l'acceptant. C'est une erreur ; Pothier le prouve à l'évidence (1). Il faut d'abord laisser de côté l'accroissement qui se fait entre colégataires, puisque les héritiers de la femme viennent comme successeurs *ab intestat*. Or, dans l'hérédité légitime, il n'y a pas lieu au droit d'accroissement proprement dit ; si l'héritier qui accepte recueille la part de celui qui renonce, c'est par droit de non-décroissement, parce qu'il est appelé à toute l'hérédité, ayant dû l'accepter pour le tout. Dans la succession à laquelle nous supposons que quatre héritiers de la femme sont appelés, se trouve le droit de la femme sur la communauté ; trois héritiers renoncent à cette communauté, mais ils restent héritiers ; en renonçant à la communauté, ils font même acte d'héritier, car ils ne peuvent renoncer à un droit qui se trouve dans l'hérédité qu'en acceptant l'hérédité ; chacun restant héritier et recueillant sa part héréditaire, il ne peut être question de non-décroissement ; car là où il y a quatre héritiers acceptants qui prennent chacun sa part, rien ne décroît à aucun d'eux. La part des héritiers qui renoncent à la communauté ne peut donc pas profiter à l'héritier

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 578. Duveyrier, *Rapport*, n° 40 (Locré, t. VI, p. 426).

qui l'a acceptée; il n'y a rien de changé à leur situation par suite de cette renonciation; chacun a usé du droit d'option à sa guise, l'un en acceptant, les autres en renonçant. Mais pourquoi la part des renonçants reste-t-elle au mari? C'est l'application des principes qui régissent la renonciation de la femme; quand elle renonce, elle est censée n'avoir jamais été commune, elle n'a aucun droit sur la communauté, partant les biens qui la composent restent au mari dont ils étaient la propriété. Ce qui est vrai du mari est vrai de ses héritiers. Trois héritiers renoncent; la femme est censée n'avoir pas été commune pour leurs parts, donc ces parts doivent rester au mari. Le résultat paraît singulier, et c'est cette singularité qui a trompé Lebrun ; la femme n'aura été femme commune que pour un quart, et pour les trois autres quarts, elle n'aura pas été femme commune. Rien de plus simple au point de vue des principes; c'est une conséquence juridique de la divisibilité du droit de la femme commune.

424. Le deuxième alinéa de l'article 1475 demande quelques explications. Il porte : « Le surplus reste au mari, qui demeure seul chargé, envers l'héritier renonçant, des droits que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation, mais jusqu'à concurrence seulement de la portion virile héréditaire du renonçant. » On interprète d'ordinaire cette disposition en ce sens qu'elle suppose une clause de communauté conventionnelle, celle par laquelle la femme se réserve le droit de reprendre son apport en cas de renonciation (1). Cela n'est pas tout à fait exact; il est certain que la loi reçoit son application à cette clause, mais rien dans le texte ne la suppose, et on comprendrait difficilement que le législateur eût en vue, en traitant de la communauté légale, une clause de communauté conventionnelle. Il faut donc d'abord appliquer l'article 1475 à la communauté légale, puis nous l'appliquerons à la clause de l'article 1504.

425. La femme qui renonce a des droits à exercer, même sous le régime de la communauté légale. Aux

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 378, n° 1098

termes de l'article 1493, elle reprend ses immeubles qui existent en nature ou ceux qui ont été acquis en remploi, le prix des propres aliénés dont il n'a pas été fait remploi et toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté à titre de récompense. Quand l'un des héritiers de la femme renonce, il exerce ces droits pour sa part héréditaire; s'il y a quatre héritiers et que trois renoncent, chacun d'eux exerce les droits de l'article 1494 pour un quart; ils reprendront donc, à eux trois, les trois quarts des immeubles de la femme ou des immeubles acquis en remploi, les trois quarts du prix des propres non employés et les trois quarts des indemnités; le mari est chargé, comme le dit l'article 1475, d'acquitter ces droits; il a en compensation la part que les renonçants auraient eue dans l'actif.

La femme renonçante peut aussi avoir un recours à exercer contre le mari du chef des dettes qui lui sont personnelles; elle reste tenue de ces dettes à l'égard des créanciers, mais si elle les paye, elle a un recours contre le mari (art. 1494). Ses héritiers ont le même droit en proportion de leur part héréditaire, et ils ont ce droit soit qu'ils acceptent, soit qu'ils renoncent; mais il y a une différence quant à l'étendue du droit : ceux qui acceptent sont tenus des dettes pour moitié, au moins jusqu'à concurrence de leur émolument; ils n'ont donc de recours que pour ce qui excède leur émolument; tandis que ceux qui renoncent, quoique tenus personnellement à l'égard des créanciers, ne contribuent pas aux dettes à l'égard du mari, ils ont donc un recours pour tout ce qu'ils ont dû payer à raison de leur part héréditaire (1).

426. La femme peut stipuler la reprise de son apport en cas de renonciation. Ceux de ses héritiers qui renoncent ont droit à cette reprise dans la proportion de leur droit héréditaire. Si trois renoncent, comme nous l'avons supposé, et qu'ils succèdent chacun pour un quart, le mari devra leur restituer les trois quarts de l'apport de la femme, à la charge par eux de contribuer dans la même propor-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 301, nos 135 *bis* IV et V.

tion aux dettes que la femme doit supporter d'après l'article 1504. C'est l'opinion de Pothier que le code a consacrée dans l'article 1475. Il y a un motif de douter : l'apport de la femme entre en communauté sous l'empire de la clause de l'article 1504; on pourrait en conclure que la restitution de l'apport est une dette de communauté et, par conséquent, faire contribuer à cette dette l'héritier acceptant. Pothier répond, et la réponse est péremptoire. que la restitution de l'apport n'est pas une dette de communauté, parce que le mari en est seulement tenu lorsque la femme renonce; c'est le prix de l'abandon que la femme fait de sa part dans l'actif commun, et il est juste que le prix soit payé par celui à qui l'abandon profite; et qui profite de la renonciation? Le mari seul, d'après le système de Pothier, que l'article 1475 a consacré; aussi la loi dit-elle que le *mari* reste chargé, à l'égard de l'héritier renonçant, des droits que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation (1).

427. Il ne faut pas confondre le cas prévu par l'article 1475, c'est-à-dire celui où l'un des héritiers de la femme renonce à la communauté, et le cas où l'un des héritiers renonce à la succession. Dans cette dernière hypothèse, on applique l'article 786; la part du renonçant accroît à ses cohéritiers qui acceptent, et, par conséquent, le droit à la communauté, qu'aurait eu cet héritier s'il avait accepté, profite également à ses cohéritiers. C'est la conséquence du droit d'accroissement, pour mieux dire, de non-décroissement qui a lieu dans le cas de renonciation à la succession. Celui qui renonce à la succession renonce aussi à son droit à la communauté qui se trouve dans ladite succession. Ce droit passe donc, avec la suc-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 579. Colmet de Santerre, t. VI, p.302, n° 135 *bis* VI.

Il y a encore une difficulté, lorsque la communauté est exclusivement mobilière, et qu'il y a un légataire des meubles et un légataire des immeubles; le légataire des meubles accepte et le légataire des immeubles renonce: quel sera le droit et quelle sera la charge du légataire acceptant? Nous renvoyons à Colmet de Santerre, t. VI, p. 302, n° 135 *bis* VII. Comparez Duranton, t. XIV, p. 600, n° 479, et Pothier, *De la communauté*, n° 579.

cession, aux héritiers du renonçant (1). Si tous les enfants de la femme renoncent, la succession est dévolue aux héritiers du degré subséquent (2).

428. Les héritiers de la femme ont le droit d'accepter ou de renoncer, droit individuel dont chacun use comme il l'entend. Ce droit est-il soumis aux mêmes conditions que le droit d'option de la femme? L'article 1466 répond à la question, il est ainsi conçu : « Dans le cas de dissolution de la communauté par la mort de la femme, ses héritiers peuvent renoncer à la communauté dans les *délais* et dans les *formes* que la loi prescrit à la femme survivante. » Cette disposition a donné lieu à une difficulté sur laquelle la doctrine et la jurisprudence sont partagées : les héritiers doivent-ils faire inventaire dans les trois mois du décès pour conserver la faculté de renoncer après ce délai? En d'autres termes, l'article 1456 s'applique-t-il aux héritiers de la femme? La jurisprudence française s'est prononcée pour la négative (3), tandis que les auteurs professent généralement l'opinion contraire (4). Un arrêt récent de la cour de Liége a jugé en ce dernier sens (5). Nous croyons que c'est la bonne opinion, et, à notre avis, elle s'appuie sur le texte même de la loi, bien que la jurisprudence contraire invoque aussi le texte. L'article 1466, dit-on, n'oblige pas les héritiers de faire inventaire dans le délai de trois mois pour conserver la faculté de renoncer après ce délai, ce qui paraît décider la question. Il s'agit de savoir quel est le sens de ces mots que les héritiers de la femme peuvent renoncer à la communauté dans les *délais* que la loi prescrit à la femme survivante. Eh bien, nous disons que l'article 1456 décide une question de délai. En effet, comme nous en avons déjà fait la remarque, l'article 1456 déroge à l'article 1453,

(1) Duranton, t. XIV, p. 599, n° 479.
(2) Rouen, 30 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 172).
(3) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 420, note 33, § 517; Rodière et Pont, t. II, p. 450, note 3, et Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2283.
(4) Voyez les citations dans Aubry et Rau, et Rodière et Pont, t. II, p. 450, note 4. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 252, n° 123 *bis* II.
(5) Liége, 24 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 217), cassé par arrêt du 14 janvier 1375 (*ibid.*, 1875, 1, 79).

tout en l'appliquant; en vertu de l'article 1453, la femme a trente ans pour exercer son droit d'option; l'article 1456 maintient ce droit en le subordonnant à une condition, c'est que la veuve fasse inventaire dans les trois mois. Elle a donc, dans les trois mois, le plein exercice de son droit d'option; au delà de ce délai, elle ne le conserve qu'à condition de faire inventaire dans ledit délai. Donc l'obligation de faire inventaire dans les trois mois est une question de délai; elle est prescrite pour que la femme survivante conserve son droit d'option après le délai de trois mois. De là suit que l'article 1466, en disant que les héritiers de la femme peuvent renoncer *dans les délais* que la loi prescrit à la femme, décide implicitement qu'ils doivent faire inventaire dans le délai de trois mois s'ils veulent conserver leur droit d'option après ce délai.

On objecte que l'article 1456 ne parle que de la *femme* survivante et ne mentionne pas ses héritiers. L'objection est sans valeur : l'article 1453, le premier de la section IV, assimile les héritiers à la femme en leur donnant les mêmes droits; et le dernier de la section, l'article 1466, leur impose les mêmes obligations : que faut-il de plus? En tout cas, le silence de l'article 1456 ne prouve rien. L'article 1455 ne mentionne pas non plus les héritiers : est-ce à dire que ceux-ci ne puissent pas attaquer leur renonciation pour cause de dol?

Il y a une objection qui paraît plus sérieuse, c'est la tradition. Pothier dit que les héritiers de la femme peuvent renoncer à la communauté sans inventaire, parce qu'ils ne se trouvent pas en possession des effets de la communauté; c'est le mari survivant qui les possède, donc il n'y a aucun danger de divertissement, et partant l'obligation de l'inventaire n'a pas de raison d'être. Les travaux préparatoires du code répondent à l'objection. Le projet de code civil, tel qu'il fut voté par le conseil d'Etat, reproduisait la doctrine de Pothier; le Tribunat émit l'avis qu'un inventaire était toujours nécessaire, et il proposa, en conséquence, un changement de rédaction qui fut adopté par le conseil d'Etat. Les auteurs du code se sont donc écartés en ce point de l'opinion de Pothier. Il y

a plus, en changeant de système, en exigeant un inventaire pour les héritiers aussi bien que pour la femme, le Tribunat devait aussi appliquer aux héritiers la disposition de l'article 1456, c'est-à-dire assimiler en tout les héritiers et la femme survivante; tel fut l'objet de l'article 1466. L'orateur du Tribunat s'exprime en ce sens : « La renonciation exige un inventaire préalable et que la femme ne se soit pas immiscée dans les biens de la communauté. La faculté de renoncer se transmet aux héritiers de la veuve *avec les mêmes charges et conditions* (1). » L'article 1466 ainsi interprété par ceux-là mêmes qui l'ont fait inscrire dans le code ne laisse plus de doute, nous semble-t-il.

N° 2. DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ PAR LA MORT DU MARI.

429. La femme survit, mais elle vient à mourir avant d'avoir pris qualité et se trouvant encore dans le délai de trois mois et quarante jours. Quels sont les droits de ses héritiers? L'article 1461 prévoit l'hypothèse, mais il se borne à régler la question des délais que les héritiers ont pour faire inventaire ou pour délibérer; nous y reviendrons. Il y a une première difficulté : faut-il appliquer l'article 1475 et décider que le droit de la femme se divise entre ses héritiers, que, par conséquent, l'un peut accepter et l'autre renoncer? Il y a un motif de douter. L'article 782 prévoit la difficulté pour les héritiers d'un successible qui meurt sans avoir pris qualité. Si les héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle doit être acceptée sans bénéfice d'inventaire. Doit-on appliquer cette disposition par analogie aux héritiers de la veuve? Il faudrait répondre affirmativement si l'article 782 était l'application d'un principe général. On l'a soutenu en disant que le droit s'étant ouvert dans la personne du successible, celui-ci devait ou accepter ou répudier; il ne peut certes pas diviser l'exercice de son droit d'option; en ce sens, son droit est indivisible. Or, il trans-

(1) Siméon, *Discours*, n° 39 (Locré, t. VI, p. 465).

met son droit à ses héritiers tel qu'il l'avait lui-même. Donc ses héritiers doivent ou accepter ou répudier pour le tout; s'ils ne sont pas d'accord, il ne reste pour trancher la difficulté qu'à leur imposer un mode d'accepter qui semble concilier tous les intérêts, l'acceptation bénéficiaire. Si ces principes sont vrais en matière de succession, ils doivent l'être en matière de communauté, la situation étant identique. A notre avis, l'article 782 n'est point l'expression des vrais principes; il n'est pas exact de dire que le droit héréditaire devient indivisible quand un successible le transmet à ses héritiers. Pour apprécier la nature d'un droit, il faut voir quel en est l'objet; c'est le principe formulé par l'article 1217 qui définit l'obligation divisible et l'obligation indivisible; or, les biens dont se compose une hérédité étant divisibles, au moins intellectuellement, le droit dans ces biens est divisible d'après la définition de l'article 1217; donc chacun des héritiers devrait avoir le droit d'accepter l'hérédité pour sa part ou d'y renoncer. En considérant leur droit comme indivisible, l'article 782 déroge au principe établi par l'article 1217 qui est le siége de la matière. Cela décide notre question. On ne peut pas appliquer par analogie des dispositions exceptionnelles; il faut donc écarter l'exception de l'article 782 pour s'en tenir à la règle de l'article 1217, à moins qu'il n'y ait au titre du *Contrat de mariage* une disposition qui s'y oppose. Le code ne dit rien de la difficulté dans la section IV, qui traite de l'acceptation de la communauté; c'est dans la section du partage que l'article 1475 prévoit le cas où les héritiers de la femme sont divisés. Quelle est l'hypothèse que la loi a en vue? Elle ne dit pas : les héritiers de la femme *prédécédée*, elle dit : les héritiers de la *femme;* on peut donc appliquer l'article 1475 aux héritiers de la femme *survivante* qui décède dans le délai de trois mois et quarante jours. Ce que Pothier dit de la nature du droit de communauté confirme cette interprétation; il enseigne que c'est un droit divisible; s'il est divisible quand la femme *prédécède*, pourquoi deviendrait-il indivisible quand la femme *survit* et qu'elle vient à mourir dans le trois mois

et quarante jours? On doit donc écarter l'article 782, parce qu'il déroge aux principes qui régissent la divisibilité. La loi ne consacrant pas cette exception en matière de communauté, il faut s'en tenir à l'article 1475 en l'interprétant d'après le principe de l'article 1217, c'est-à-dire en l'appliquant à toutes les hypothèses où les héritiers sont appelés à exercer les droits de la femme (1).

430. Quand la veuve meurt dans le délai de trois mois et quarante jours sans avoir pris qualité, ses héritiers ont chacun un droit individuel d'accepter la communauté ou d'y renoncer pour sa part héréditaire. Dans quel délai devront-ils exercer ce droit? Il faut leur appliquer le principe de l'article 1466; ils exercent le droit de la femme, tel que celle-ci l'aurait exercé si elle avait survécu. Cela ne souffre aucune difficulté pour les héritiers de la veuve, car ils succèdent à ses droits sur la communauté par voie de transmission; ils n'ont donc d'autres droits que ceux de la veuve; c'est dire qu'ils peuvent exercer le droit d'option pendant trente ans, à condition de faire inventaire dans les trois mois. Restait à régler la question des délais : tel est l'objet de l'article 1461.

431. « Si la veuve meurt avant l'expiration des trois mois sans avoir fait ou terminé l'inventaire, les héritiers auront, pour faire ou pour terminer l'inventaire, un nouveau délai de trois mois à compter du décès de la veuve. » Dans ce délai de trois mois, ils peuvent user du droit qui appartenait à la veuve, c'est-à-dire renoncer, sans être tenus de faire inventaire. Mais s'ils veulent conserver la faculté de renoncer après l'expiration des trois mois, ils doivent, comme aurait dû le faire la veuve, faire inventaire dans ce délai (2).

L'article 1461 ajoute que les héritiers auront un délai de quarante jours pour délibérer après la clôture de l'inventaire. C'est le droit commun (art. 1457-1459). Nous avons dit plus haut (n° 398) quel est l'objet de ce délai

(1) Marcadé, t. V, p. 627, n° II de l'article 1475. Colmet de Santerre, t. VI, p. 300, n°s 135 *bis* I et II. Orléans, 14 février 1862 (Dalloz, 1862, 2, 56).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 419 et suiv., § 517 (4e éd.).

accordé à la veuve ; il règle la durée de l'exception dilatoire que la veuve ou ses héritiers peuvent opposer aux créanciers qui les poursuivent et il détermine à charge de qui seront les frais des poursuites.

432. « Si la veuve meurt ayant terminé l'inventaire, ses héritiers auront pour délibérer un nouveau délai de quarante jours à compter de son décès » (art. 1461). Les héritiers de la veuve ont, en vertu du droit commun, un délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire de la succession et pour délibérer ; pendant ce délai, ils ne sont pas tenus de prendre qualité ; ils peuvent, par conséquent, opposer aux créanciers l'exception dilatoire. Comment concilier le droit commun avec l'article 1461, qui semble n'accorder aux héritiers qu'un délai de quarante jours, pendant lequel ils pourront repousser les poursuites par l'exception dilatoire? Il est certain que l'on ne peut pas forcer les héritiers à prendre qualité dans les quarante jours, en acceptant ou en répudiant la communauté, car ce serait les forcer à prendre qualité comme héritiers, c'est-à-dire relativement à la succession délaissée par la veuve ; en effet, ils ne peuvent accepter la communauté qui se trouve dans la succession sans accepter la succession ; de même qu'ils renonceraient à la succession s'ils renonçaient à la communauté qui y est comprise ; or, on ne peut pas les forcer à se prononcer sur l'acceptation ou la répudiation de la succession tant qu'ils sont dans le délai de trois mois et quarante jours, qui s'ouvre au décès de la veuve. Il suit de là qu'en règle générale les héritiers ont un délai de trois mois et quarante jours pour accepter la succession ou y renoncer, et ils ont ce même délai pour accepter la communauté ou y renoncer. On ne conçoit qu'un seul cas dans lequel les héritiers n'auraient que quarante jours pour délibérer, c'est quand ils acceptent immédiatement la succession de la veuve (1).

433. L'article 1461 ajoute : « Les héritiers peuvent, au surplus, renoncer à la communauté dans les formes

(1) Duranton, t. XIV, p. 582, n° 455. Mourlon, t. III, p. 94, n° 219. Rodière et Pont, t. II, p. 448, n° 1169

établies ci-dessus. » C'est l'article 1457 qui règle ces formes. Il faut ajouter que la renonciation des héritiers de la femme peut être conventionnelle, de même que celle de la veuve; les droits et la situation sont identiques.

Enfin, l'article 1461 porte que les articles 1458 et 1459 sont applicables aux héritiers de la veuve. Il s'agit de la prolongation du délai de trois mois et quarante jours et de l'exception dilatoire qu'ils peuvent opposer aux créanciers. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

§ V. *Des droits de la veuve.*

434. La loi accorde à la veuve certains droits qui n'appartiennent pas à ses héritiers, parce qu'ils sont fondés sur des considérations personnelles à la femme. Ce sont : le deuil de la veuve (art. 1481), les aliments et l'habitation auxquels elle a droit pendant le délai pour faire inventaire et délibérer (art. 1465).

N° 1. DU DEUIL DE LA VEUVE.

435. Aux termes de l'article 1481, « le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari prédécédé. » L'article 1470 contient une disposition analogue pour la femme dotale. Dans l'esprit de la loi, ce droit de la veuve lui appartient donc sous tous les régimes; c'était l'ancienne jurisprudence. La raison en est que le deuil de la femme n'a rien de commun avec le régime concernant les biens. Le motif pour lequel le droit traditionnel l'accorde à la femme contre les héritiers du mari est général et reçoit son application à tous les cas, que la femme soit commune ou dotale, qu'elle accepte ou qu'elle renonce à la communauté; l'article 1481 le dit expressément de la femme renonçante; ce qui prouve qu'il s'agit d'un droit accordé à la femme en cette qualité, abstraction faite des conventions matrimoniales des époux.

C'est une maxime traditionnelle du droit français que la femme ne doit pas porter à ses frais le deuil de son mari. Cette maxime tient à la règle également tradition-

nelle qui obligeait la veuve de rester en viduité pendant un an. Il paraissait juste, dit Lebrun, qu'on lui fournît les vêtements lugubres qui l'avertissaient des devoirs de son état. Cette considération explique la différence que la loi établit entre la femme et le mari. Pothier remarque que l'usage ne permet pas au mari de demander aux héritiers de la femme les frais de son deuil : il ne voit pas, dit-il, la raison de cette différence. On cite d'ordinaire une loi romaine qui dit que le mari n'est pas obligé de porter le deuil de sa femme ; Pothier répond que dans nos mœurs il n'en est plus ainsi, puisque le mari porte le deuil de la femme comme la femme porte le deuil du mari ; il termine en disant, avec le jurisconsulte romain, que nous ne pouvons pas rendre raison de tout ce qui a été établi par nos ancêtres. Peut-être la différence a-t-elle son origine dans une inégalité qu'au point de vue moral il est impossible de justifier. Le mari n'était pas tenu d'observer l'année de viduité que l'on imposait à la femme, dès lors il ne pouvait réclamer le deuil contre les héritiers de la femme ; il est certain que ce droit serait étrange si le mari convolait à de nouvelles noces ; les héritiers auraient pu lui répondre que se remarier et porter le deuil de la femme que l'on oublie si vite sont des choses contradictoires (1).

436. C'est une disposition qui tient aux mœurs, et le droit se modifie quand les mœurs changent. Nous en trouvons un singulier exemple dans Pothier. « On n'accorde pas de deuil, dit-il, aux femmes du bas peuple ; telle qu'est la veuve d'un gagne-denier. » Pothier n'ajoute pas un mot de critique. Dans nos sentiments modernes, nous trouvons cette inégalité révoltante ; les auteurs du code se sont bien gardés de la consacrer ; ils mettent la femme du prolétaire sur la même ligne que celle du millionnaire. C'est seulement quand il s'agit de l'étendue de l'obligation qui incombe aux héritiers du mari que la loi tient compte de la position sociale des époux : « La va-

(1) Toullier, VII, 1, p. 243, nos 266-268. Pothier, *De la communauté*, no 678. Lebrun, *De la communauté*, p. 222, nos 38 et 42.

leur du deuil, dit l'article 1481, est réglée selon la fortune du mari. »

La loi entend par deuil la créance que la femme a contre la succession de son mari, laquelle est tenue de lui fournir la somme nécessaire pour porter le deuil. Ainsi les héritiers du mari ne fournissent pas les habits de deuil à la veuve, ils lui remettent une somme arbitrée eu égard à l'état et aux facultés du défunt ; ce sont les expressions de Pothier. L'ancienne jurisprudence s'est maintenue dans nos mœurs (1).

Il faut encore suivre la tradition sur un autre point. On fait entrer dans les frais de deuil, dit Pothier, le prix des robes et autres habillements de deuil, tant de la veuve que de ses domestiques. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Pau : l'usage, dit-elle, a conservé l'habitude de faire porter aux domestiques le deuil de leurs maîtres, comme un hommage rendu à leur mémoire ; dès lors cette dépense ne peut rester à la charge de la veuve, qui elle-même a droit à des habits de deuil (2).

Nº 2. DES ALIMENTS.

437. « La veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes et, à défaut, par emprunt sur la masse commune, à la charge d'en user modérément » (art. 1465).

La loi accorde le droit aux aliments à la femme commune en biens, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce. C'est un droit purement personnel à la femme survivante, d'après l'article 1465 ; les héritiers de la femme n'en jouissent pas. Quel est le motif de ce droit qui ressemble à un privilége ? Il est très-difficile de le préciser, et cependant on doit le savoir pour décider les questions controversées

(1) Pothier, *De la communauté*, nº 678. Toullier, t. VII, 1, p. 216, nº 272.
(2) Pau, 27 mai 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 2182).

que présente l'application du principe. On lit dans un arrêt récent de la cour de cassation que la disposition de l'article 1465 est inspirée par un sentiment d'humanité et de haute convenance (1). La cour de Rouen, dont la cour suprême a confirmé la décision, s'est prononcée dans le même sens. « On a voulu, dit-elle, par respect pour l'affliction de la veuve, lui épargner, dans les premiers temps, le soin de se procurer des moyens de subsistance et de se chercher une habitation (2). » Aubry et Rau donnent un autre motif. La veuve, disent-ils, est en possession de la communauté; c'est elle qui administre, la loi lui donne le droit de faire les actes de conservation et d'administration provisoire (art. 1454). L'inventaire qu'elle dresse se fait dans l'intérêt des créanciers et des héritiers du mari autant que dans le sien; tel est le motif principal pour lequel la loi donne à la femme les aliments et l'habitation pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer (3). Les deux motifs, comme nous le dirons plus loin, conduisent à des conséquences bien différentes; il importe donc de savoir lequel est le vrai.

Il n'a rien été dit, sur ce point, dans les travaux préparatoires. Il faut donc recourir aux dispositions du code. Donner à la femme les aliments et l'habitation parce qu'elle administre, c'est lui accorder un salaire. Pourquoi la femme serait-elle rémunérée de ses soins plutôt que le mari? Si la loi avait voulu indemniser la femme, elle aurait dû donner une plus grande extension aux droits qu'elle lui confère en posant comme principe que la femme aurait droit aux aliments et à l'habitation tant qu'elle administrerait; or, si elle accepte, elle reste en possession et elle administre jusqu'au partage. Considérés comme salaire, les droits de la femme s'expliquent difficilement, tandis qu'on les comprend comme disposition de faveur et d'humanité. Nous trouvons la même pensée dans l'article 1570: la femme dotale peut exiger les aliments pendant l'an du

(1) Rejet, chambre civile, 15 décembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 113).
(2) Rouen, 12 mai 1871 (Dalloz, 1872, 2, 203). Dans le même sens, Rodière et Pont, t. II, p. 306, n° 1026.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 423, note 39, § 517 (4e éd.).

deuil, aux dépens de la succession du mari, en abandonnant aux héritiers du mari l'intérêt de sa dot. Cette faveur est évidemment dictée par l'humanité ; on ne veut pas que la femme tombe dans la misère au moment où elle perd son mari et que la vie d'aisance ou de richesse qu'elle avait fasse place à des privations. Le délai est moindre en cas de communauté, parce que la femme ne renonce à aucun de ses droits ; elle peut prendre sa part dans la communauté, et néanmoins réclamer les aliments et l'habitation ; toujours est-il que la situation de la veuve est généralement moins bonne que celle du mari survivant. Ne serait-ce pas cette situation qui a éveillé la sollicitude du législateur?

438. Quelle est l'étendue des droits de la femme? L'article 1465 lui permet de prendre sur le compte de la masse sa nourriture et celle de ses domestiques. Il ne parle pas des enfants. Ceux-ci sont héritiers de leur père ; ils ont une fortune personnelle que le tuteur gère, et c'est aussi le tuteur qui est appelé à pourvoir à leur subsistance. La loi n'avait donc pas à s'occuper d'eux. Les auteurs distinguent entre les enfants communs et les enfants d'un précédent lit (1) ; cette distinction nous paraît arbitraire, elle ne repose ni sur le texte ni sur les principes ; nous croyons inutile de la discuter.

Que faut-il entendre par aliments? Est-ce une créance purement alimentaire, proportionnée aux besoins de la veuve? L'article 1465 dit que la femme doit user *modérément* du droit qui lui est accordé. C'est le juge qui décidera, mais d'après quel principe? Sont-ce les besoins de la femme, ou est-ce la condition sociale du mari qu'il prendra en considération? On ne le sait. Nous croyons que c'est en ce dernier sens qu'il faut décider la difficulté. La loi le dit pour le deuil de la femme (art. 1481) : si son deuil est proportionné à la fortune du mari, ses aliments seront-ils réduits au strict nécessaire? La jurisprudence s'est prononcée en faveur de cette opinion, ainsi que la

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 423 et note 40, § 517, et les auteurs qui y sont cités.

doctrine : on doit interpréter dans un esprit d'humanité les lois que l'humanité a dictées (1).

439. A charge de qui sont les aliments? Sur ce point, il y a une différence entre le deuil et la créance alimentaire. L'article 1481 dit que le deuil est aux frais des héritiers du mari, tandis que l'article 1465 met les aliments à charge de la communauté ; en effet, la femme les prend sur les provisions existantes qui appartiennent à la communauté ; et s'il n'y en a pas, elle a le droit de faire un emprunt au compte de la masse commune. Il est assez difficile de rendre raison de cette différence ; il est probable que l'article 1481 est une conséquence de la maxime traditionnelle d'après laquelle c'est le mari pleuré qui doit payer le deuil ; c'est une idée matérielle, mais elle remonte aux vieux âges, temps de barbarie et non de délicatesse. Toujours est-il que c'est la communauté qui paye les aliments ; il pourra arriver indirectement que ce soient les héritiers du mari. S'il n'y a pas de provisions, la femme est autorisée à emprunter aux frais de la communauté, sans distinguer si la communauté est bonne ou mauvaise ; est-elle mauvaise, la femme renoncera et, par suite, l'emprunt qu'elle fait tombera à charge des héritiers du mari, puisqu'ils devront supporter toutes les dettes qui grèvent la communauté. C'est peut-être dans la prévision de ce résultat que la loi veut que la femme use modérément du droit qu'elle lui accorde.

440. L'article 1465 dit que la femme a droit aux aliments pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et pour délibérer. Que faut-il décider si la femme prend qualité avant l'expiration de ce délai? Elle renonce immédiatement, comme elle en a le droit, sans faire inventaire : aura-t-elle néanmoins droit aux aliments? L'hypothèse contraire peut se présenter. La femme fait inventaire ; le délai de trois mois ne lui suffit pas, elle en obtient la prorogation : aura-t-elle droit aux aliments jusqu'à l'expiration du nouveau délai? Ou

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 306, n° 1027. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2272.

faut-il décider, dans l'un et l'autre cas, que le délai de trois mois et quarante jours est fixe, en ce sens que les aliments sont accordés pendant trois mois et quarante jours, sans distinguer si la femme a ou non pris qualité et si le délai est prorogé? La question est controversée; nous admettons cette dernière opinion, qui est consacrée par la jurisprudence (1). La solution dépend du motif sur lequel repose la créance alimentaire de la femme. Si l'on admet que l'article 1465 est fondé sur un sentiment d'humanité et de convenance, comme le dit la cour de cassation, l'on doit décider, par voie de conséquence, que le délai est fixe. Conçoit-on qu'un délai dicté par l'humanité varie d'après des circonstances purement accidentelles? Est-ce que l'humanité ne demande pas que la femme ait droit aux aliments, alors qu'elle est obligée de renoncer sans faire inventaire à cause du mauvais état de la communauté? Et l'humanité exigerait-elle que la femme eût droit aux aliments pendant un délai plus long, parce que l'inventaire n'a pu être achevé dans le délai ordinaire? Cela n'a pas de sens.

L'opinion que la jurisprudence a admise est aussi en harmonie avec le texte; l'article 1465 dit bien clairement que la femme a droit aux aliments pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer. Ainsi la loi fixe le délai; dès lors il ne peut dépendre du juge de le proroger quand l'inventaire n'est pas achevé, ni de l'abréger quand il est achevé avant les trois mois, ou quand la femme prend parti sans faire inventaire.

L'opinion contraire invoque l'esprit de la loi et soutient que la femme n'a droit aux aliments que parce qu'elle administre et qu'elle fait inventaire; donc aussi longtemps que dure cette administration légale, ce qui peut être moins ou plus que trois mois et quarante jours. Nous avons dit notre avis sur ce point (n° 437); il est inutile d'entrer dans la discussion des opinions diverses des

(1) Metz, 10 mai 1860 (Dalloz, 1861, 5, 89). Rouen et Rejet, cités p. 453, notes 1 et 2.

auteurs, leurs contradictions leur enlèvent toute autorité (1).

N° 3. DE L'HABITATION.

441. Le deuxième alinéa de l'article 1465 donne à la femme survivante un droit d'habitation ; il est ainsi conçu : « Elle ne doit aucun *loyer* à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la *communauté* ou appartenant aux *héritiers du mari ;* et si la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais, au payement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse. »

Quel est le motif de ce second droit? Il est également personnel à la veuve, ses héritiers ne peuvent pas le réclamer (art. 1495); il est accordé à la femme dans les mêmes circonstances que les aliments et pendant les mêmes délais ; n'en faut-il pas conclure qu'il a le même fondement et la même nature? Il y a cependant un nouveau motif de douter, c'est l'opinion de Pothier ; il dit que la communauté est censée avoir occupé la maison par les effets qu'elle y a et dont la femme, qui est restée dans la maison, n'est que la gardienne ; c'est donc la communauté, dit-il, qui doit le loyer de la maison (2). Les auteurs du code ont-ils suivi l'opinion de Pothier? Il est difficile d'affirmer quoi que ce soit sur ce point, puisqu'on ne trouve rien dans les travaux préparatoires ; mais il résulte de divers textes que le droit d'habitation et la créance alimentaire forment un seul et même droit ; ils doivent donc avoir le même fondement : conçoit-on que le législateur accorde les aliments à la veuve par sentiment d'humanité et qu'il lui donne l'habitation à titre de salaire? A vrai dire, le logement est compris dans la créance alimentaire.

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. V, p. 423, note 39, § 517, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 280, n° 122 *bis* I.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 571.

En effet, le mot *aliments* a un sens technique, qui comprend l'habitation ; le second alinéa de l'article 1465 complète donc le premier. Les deux dispositions réunies donnent à la femme le droit aux aliments, nourriture et habitation ; elle a de plus les habillements, puisque le deuil lui est fourni par les héritiers du mari ; nous croyons que tous ces droits ont un seul et même fondement, l'humanité et les convenances. L'article 1470 confirme cette opinion : la femme dotale a toujours droit à l'habitation pendant l'année du deuil ; ce n'est certes pas un salaire, il n'y a pas de communauté, les biens sont séparés ; la femme, à la mort du mari, reprend sa dot, et néanmoins elle jouit de l'habitation aux frais de la succession du mari, disposition de pure humanité. Est-ce que l'humanité dépend du régime des époux? et pourquoi ce qui est de haute convenance sous le régime dotal serait-il un salaire sous le régime de communauté?

442. L'habitation que l'article 1465 accorde à la veuve n'a rien de commun avec le droit d'habitation dont le code traite au titre de l'*Usufruit* (1). Ce dernier droit est réel ; tandis que l'article 1465 donne à la femme une créance alimentaire, c'est-à-dire un droit d'obligation. Le texte de la loi le prouve ; la femme occupe la maison à titre de *loyer*, donc en vertu d'un droit de créance. Il n'y avait aucune raison d'établir un droit réel ; il suffit que la femme ait un logement assuré, et le logement tel qu'elle l'avait du vivant de son mari, bien que cette habitation puisse dépasser sa fortune actuelle. Cela vient à l'appui de ce que nous venons de dire : le droit a un caractère d'humanité et l'humanité ne lésine point.

443. A charge de qui est l'habitation de la femme? Est-ce la communauté ou sont-ce les héritiers du mari qui doivent la supporter? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Nous croyons que c'est la masse commune qui doit payer le loyer de la maison que la femme habite. Il y a un cas dans lequel la loi elle-même le dit : quand les époux tenaient à loyer la maison qu'ils

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 281, n° 122 *bis* III.

habitaient lors de la dissolution de la communauté, la femme continue à l'habiter sans contribuer au loyer, lequel, dit l'article 1465, est pris sur la masse. Si la maison appartenait à la communauté, le résultat est le même; la femme a le droit de l'habiter, sans devoir aucun loyer de ce chef; la charge pèse donc sur la masse. Reste le cas où la maison occupée par les époux et, après la mort du mari, par la femme, appartenait aux héritiers du mari; la femme ne doit aucun loyer, dit l'article 1465; est-ce à dire que les héritiers du mari soient tenus de supporter cette charge? La loi ne dit pas cela, et il serait contraire aux principes de le décider ainsi. En effet, l'habitation fait partie de la créance alimentaire de la femme; or, les aliments se prennent sur la masse commune; il en est de même du loyer dans deux cas, pourquoi en serait-il autrement dans le troisième? Ce serait une véritable anomalie qui n'aurait aucune raison d'être (1).

444. Il y a une hypothèse que la loi ne prévoit pas; de là de nouvelles incertitudes. Le bail de la maison occupée par les époux, et ensuite par la veuve, vient à cesser. On demande si la femme a droit à une indemnité de logement. Nous ne comprenons pas que la question soit controversée (2). Peut-il dépendre d'un hasard que la femme ait ou n'ait pas droit à l'habitation? Le premier alinéa de l'article 1465 fournit un motif d'analogie qui suffit pour décider la difficulté : quand il n'y a pas de provisions existantes sur lesquelles la femme puisse prendre les aliments, elle est autorisée à pourvoir à ses besoins par voie d'emprunt, au compte de la masse. Si la masse doit, en toute hypothèse, fournir les aliments à la femme, pourquoi ne lui devrait-elle pas l'habitation? Il y a même raison de décider; pour mieux dire, c'est une seule et même obligation. Nous croyons inutile d'insister. Reste à savoir qui supporte la charge. Dans notre opinion, la question est décidée d'avance : la créance alimentaire est une dette de

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 280, n° 122 *bis* II. En sens contraire, Troplong, t. II, p. 30, n° 1598, qu'il est inutile de combattre parce qu'il raisonne en dehors de tout principe.
(2) Voyez les auteurs cités par **Aubry et Rau, t. V, p. 423, note 41, § 517.**

communauté, donc c'est elle qui doit payer le loyer; la femme y contribuera si elle accepte, elle n'y contribuera pas si elle renonce.

SECTION VII. — Liquidation de la communauté.

ARTICLE 1er. Des récompenses.

445. Le mot *récompense* est une expression particulière à la communauté, il est synonyme d'*indemnité;* la loi emploie quelquefois les deux mots ensemble, de sorte que l'un sert à expliquer l'autre (art. 1403, 1406). Nous avons rencontré bien des cas dans lesquels il est dû récompense à la communauté ou par la communauté. Ainsi, d'après l'article 1403, la communauté n'a pas le droit d'ouvrir une mine pendant le mariage sur le fonds de l'un des époux; si l'époux ouvre la mine, les produits lui appartiennent; et si, de fait, ils sont versés dans la communauté, celle-ci doit récompense ou indemnité à l'époux, c'est-à-dire que retirant un bénéfice qui appartient à l'époux propriétaire du fonds, elle lui doit, de ce chef, une compensation pécuniaire. L'article 1406 décide que l'immeuble cédé par un ascendant à l'un des époux, à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, lui reste propre, sauf *récompense ou indemnité,* c'est-à-dire que si la communauté paye ces dettes, elle les paye pour le compte de l'époux débiteur; elle a droit à être indemnisée, de ce chef.

446. La communauté peut donc devoir des récompenses aux époux, et ceux-ci peuvent devoir des récompenses à la communauté. Pothier explique très-bien que ces récompenses respectives doivent être liquidées avant que l'on puisse procéder au partage, quand la femme accepte. Les époux ont-ils droit à des récompenses, ils sont créanciers de la communauté, cette créance devra être prélevée sur la masse avant que l'on puisse procéder au partage, puisqu'elle diminue la masse partageable. Par contre, si l'un des époux est débiteur d'une récompense, il faut qu'il en fasse le rapport à la masse avant que l'on procède au partage, puisque la masse partageable s'en trouve augmentée.

Si la femme renonce à la communauté, il est inutile de liquider les créances du mari contre la communauté, ni les indemnités dont il est débiteur ; car, par l'effet de la renonciation, il n'y a plus de communauté, plus de masse partageable, tous les biens deviennent la propriété du mari ; par suite, il se fait confusion, dans sa personne, de ce qu'il doit à la communauté et de ce que la communauté lui doit. Mais il est toujours nécessaire, en cas de renonciation, de liquider les récompenses de la femme contre la communauté, car elle a action, de ce chef, contre le mari ou ses héritiers. Et il faut pareillement liquider les indemnités qu'elle doit à la communauté, car elle en reste tenue à l'égard du mari (1).

447. Nous supposons, pour le moment, que la femme accepte. Il faut constituer, dans ce cas, la masse partageable et, par suite, liquider les récompenses respectives de la communauté et des époux. On appelle cette opération *liquidation*, parce qu'elle fait connaître clairement, d'une façon liquide (*quod liquet*), quelles sont les valeurs à partager. Quand les récompenses sont établies, on ajoute aux biens existants ce que les époux doivent à la masse et on en déduit ce que la communauté doit aux époux : l'excédant forme la masse partageable, c'est-à-dire l'actif net à partager. Avant de dire comment se font les rapports et les prélèvements auxquels les récompenses donnent lieu, il nous faut voir dans quels cas les époux et la communauté doivent des récompenses et quel en est le montant.

§ Ier. *Des récompenses dues par la communauté aux époux.*

QUAND LA COMMUNAUTÉ DOIT-ELLE RÉCOMPENSE AUX ÉPOUX?

I. *Principe.*

448. L'article 1433 énumère deux cas dans lesquels la communauté doit récompense aux époux, et il fixe le

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 582.

montant de la récompense. Mais la loi ne pose aucun principe. Pour comprendre cette singulière rédaction, il faut remonter aux origines du droit de récompense. C'est un principe traditionnel, mais il a changé de nature. Chose singulière, dans nos coutumes primitives, il n'y avait pas lieu à récompense au profit de l'époux lorsqu'un de ses propres était aliéné et que le prix en était versé dans la communauté. Pour que l'époux propriétaire eût droit à une récompense, il fallait que le contrat de mariage stipulât que les conjoints auraient remploi du prix de leurs propres aliénés ; à défaut de remploi, ils pouvaient répéter le prix versé dans la communauté ; en l'absence d'une clause de remploi, l'époux n'avait aucune reprise à exercer. Il est difficile de se rendre compte de ces vieux usages ; on n'attachait de prix qu'aux immeubles ; quand les immeubles étaient convertis en valeurs mobilières, la communauté en profitait. Toutefois il en résultait un inconvénient, c'était une voie ouverte aux conjoints de s'avantager, et les libéralités entre époux étaient généralement prohibées dans notre ancien droit. Pour empêcher ces avantages indirects, la nouvelle coutume de Paris accorda la reprise du prix, quoiqu'il n'y eût aucune convention. Comme la vente d'un propre était le moyen usuel de s'avantager, la coutume se borna à prévoir le cas d'aliénation ; l'article 232 était ainsi conçu : « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints, le prix de la vente est repris sur les biens de la communauté, au profit de celui à qui appartenait l'héritage, encore qu'en vendant n'eût été convenu du remploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faite. » Cette disposition s'étendit par l'usage et l'autorité de la coutume de Paris à toutes les coutumes, et forma le droit commun. Pothier dit qu'elle est principalement fondée sur ce principe qu'il n'est pas permis à l'un des conjoints d'avantager l'autre à ses dépens durant le mariage. Toutefois le principe des récompenses fut admis même dans les coutumes qui permettaient aux époux de s'avantager. Pothier en donne comme raison qu'il y aurait de l'inconvénient à con-

sidérer comme libéralité indirecte l'avantage qui résulte de l'aliénation d'un propre sans remploi, alors que rien ne prouvait que l'intention de l'époux vendeur était d'avantager son conjoint (1). Le code civil autorise aussi les donations entre époux en les déclarant révocables. S'il a consacré le principe des récompenses, ce n'est pas à raison des avantages indirects que l'un des époux pouvait faire à l'autre, la récompense est fondée avant tout sur une considération d'équité. Les immeubles n'entrent pas en communauté ; pourquoi y entreraient-ils s'ils sont aliénés? Puisque l'immeuble était propre à l'époux qui l'a vendu, le prix doit aussi lui rester propre, sinon l'aliénation des immeubles aboutirait à un changement des conventions matrimoniales ; une valeur qui devait rester propre deviendrait une valeur commune.

449. L'origine du principe des récompenses explique la rédaction de l'article 1433 ; il reproduit l'article 232 de la coutume de Paris, en ajoutant à l'aliénation le rachat de services fonciers dus à un propre. Il est certain que cette énumération n'est pas restrictive, le texte même du code le prouve. Nous avons rappelé l'article 1403, qui donne à l'époux une récompense contre la communauté lorsqu'une mine est ouverte dans son fonds pendant le mariage et que les produits en sont versés dans la masse commune ; ce cas n'est pas rappelé dans l'article 1433, ce qui prouve que la loi ne donne que des exemples. Pothier posait le principe en termes généraux ; après avoir dit que chacun des conjoints est créancier de la communauté du prix de ses propres aliénés pendant le mariage, il ajoute : « On peut aussi établir pour principe général que chacun des conjoints est, lors de la dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens. » L'article 1437 a reproduit cette formule générale des récompenses pour les indemnités que les époux doivent à la communauté ; il y a identité de raison pour les indemnités que la communauté doit aux époux (2).

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 585.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 352, note 3, § 511. Rodière et Pont, t. II, p. 220, n° 933. Colmet de Santerre, t. VI, p. 185, n° 78 *bis* II.

450. L'article 1433 applique le principe à l'aliénation d'un propre : « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux et que le prix en ait été versé dans la communauté sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. » La loi suppose que le prix est versé dans la communauté; c'est la condition sous laquelle il y a lieu à la récompense; nous y reviendrons. Lorsque l'argent est versé dans la communauté, celle-ci en devient propriétaire en vertu du principe que l'usufruitier de choses consomptibles en acquiert la propriété, mais il ne devient propriétaire qu'à charge de restitution; la communauté est usufruitière, elle acquiert donc la propriété du prix, mais à charge de récompense. Nous en avons dit la raison. On dit d'ordinaire que la communauté doit récompense, sinon elle s'enrichirait aux dépens de l'époux vendeur; cela est vrai, mais cela revient à dire que le conjoint du vendeur serait avantagé de la moitié du prix (1). C'est l'ancienne théorie des récompenses; elle n'est plus applicable en droit moderne, puisque les époux peuvent se faire des libéralités. Il vaut mieux dire que la communauté doit une indemnité à l'époux par la raison qu'elle a perçu une valeur qui doit lui rester propre, puisqu'elle remplace un propre.

451. La dation en payement est assimilée à une vente; elle produit, en général, les mêmes effets. En ce qui concerne le droit à une récompense, cela est certain. Pothier en fait la remarque. Lorsque l'un des conjoints donne son héritage propre en payement d'une dette de la communauté, il est créancier de la reprise du montant de la dette, car la communauté est libérée; c'est donc comme si un tiers avait payé la dette dont elle était tenue : elle doit l'indemniser de ses avances (2). On suppose naturellement qu'il s'agit d'une dette que la communauté devait supporter sans récompense; si elle avait droit à une récompense contre l'époux dont l'immeuble a servi à acquitter la dette,

(1) Colmet de Santerre. t. VI, p. 184, nº 178 *bis* I.
(2) Pothier, *De la communauté*, nº 594. Aubry et Rau, t. V, p. 353, § 511.

celui-ci n'aurait plus droit à une indemnité, puisqu'il a payé sa propre dette; bien que la communauté fût obligée de la payer, cette dette n'est pas à sa charge, c'est la dette de l'époux.

452. L'article 1433 porte : « Si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un des conjoints et que le prix en ait été versé dans la communauté, il y a lieu au prélèvement de ce prix au profit de l'époux qui était propriétaire des services rachetés. » Le cas est identique à celui de la vente, car la servitude due à l'héritage de l'époux en faisait partie; l'époux qui consent au rachat aliène donc une partie du fonds, et l'aliénation partielle donne lieu à récompense aussi bien que l'aliénation totale.

453. L'article 1433 exige une condition pour que l'époux ait droit à une récompense. Il faut d'abord qu'il n'y ait pas eu de remploi; cela va sans dire, puisque en cas de remploi l'époux est indemnisé par l'immeuble subrogé au propre qu'il a aliéné. La condition essentielle requise pour qu'il soit dû récompense à l'époux est que le prix ait été *versé dans la communauté*. Que faut-il entendre par là? Pothier s'exprime en d'autres termes, qui expliquent ceux dont le code se sert : « L'époux vendeur a la *reprise*, lors de la dissolution de la communauté, de tout ce qui est *parvenu à la communauté* par l'aliénation de ce propre. » Il n'est donc pas nécessaire que le prix ait été versé matériellement dans les mains de la communauté; dès que le prix lui est *parvenu*, c'est-à-dire a été mis à sa disposition, a été employé par elle, l'époux a droit à une récompense (1).

454. De là suit que si l'acquéreur ne paye pas son prix, l'époux n'a pas droit à une récompense contre la communauté; celle-ci n'a rien reçu, elle ne doit rien rendre. L'époux vendeur a une action contre l'acheteur; cette action ne tombe pas en communauté, car l'action en payement du prix appartient au vendeur, et la communauté ne vend pas; si elle reçoit le prix et en acquiert la propriété,

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 585.

c'est comme usufruitière. Tant que le prix n'est pas payé, la créance reste propre à l'époux, la communauté n'y a aucun droit, partant elle ne peut être tenue d'aucune obligation. Cela ne fait aucun doute; la doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

Il y a une légère difficulté en ce qui concerne l'aliénation d'un propre de la femme. L'acheteur ne paye pas, et il devient insolvable; si le droit de la femme périt par la négligence du mari, elle a droit à des dommages-intérêts, cela n'est pas douteux; mais ce droit constitue-t-il une véritable récompense? Il est certain que l'article 1433 n'est pas applicable, car le droit au prix est resté propre à la femme, rien n'en est parvenu à la communauté, donc elle n'est pas tenue à titre de récompense. Ce sera une action ordinaire en dommages-intérêts contre le mari qui tombera dans le passif de la communauté, comme toute dette du mari, mais qui reste soumise aux principes spéciaux qui régissent les récompenses (2).

455. Le mari délègue à ses créanciers le prix provenant de l'aliénation d'un propre de la femme. Celle-ci a-t-elle droit à une récompense? Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait dire que la communauté ne doit pas de récompense, parce que rien n'a été *versé* dans la masse commune. Mais ce serait mal interpréter la loi, et contrairement à la tradition que le code n'a fait que consacrer. Le prix est versé dans la communauté quand il est parvenu à la communauté, comme Pothier s'exprime; or, le prix lui est certainement parvenu quand le mari, seigneur et maître, l'emploie pour payer sa dette qui est aussi la dette de la communauté. Qu'importe que le prix soit délégué, au lieu d'être versé dans la communauté et remis ensuite au créancier? Le résultat est le même (3).

456. Autre est la question de savoir s'il est nécessaire

(1) Nancy, 7 février 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 656). Rodière et Pont, t. II, p. 223, n° 938.
(2) En sens contraire, Rodière et Pont, t. II, p. 223, n° 938.
(3) Duranton, t. XIV, p. 402 et suiv., n° 358, qui combat l'opinion contraire de Delvincourt, laquelle est restée isolée.

que le prix versé dans la communauté lui ait profité. La loi n'exige pas cela; il suffit, d'après l'interprétation de Pothier, que le prix soit parvenu à la communauté; le mari en devient propriétaire et en fait ce qu'il veut, puisqu'il en est seigneur et maître; dès que le prix a été reçu par la communauté, la femme doit avoir une récompense. Tel serait le cas où le mari a fait don manuel des deniers versés dans la communauté, c'est-à-dire entre ses mains. La cour d'Angers l'a jugé ainsi dans une espèce où le mari avait remis, à titre de don, à un enfant naturel les deniers provenant de la vente. On objectait que cette remise avait eu lieu dans l'étude du notaire, immédiatement après que les fonds avaient été comptés, pour en induire que le prix n'avait pas été versé dans la communauté. Qu'importe? dit la cour? Les deniers sont versés dans la communauté dès que son chef, le mari, les reçoit et en dispose; or, il en dispose en donnant, car il en a le droit (art. 1422). La loi ne se préoccupe pas de l'emploi que le mari fait du prix, elle n'exige pas que cet emploi soit profitable, elle ne demande qu'une chose, c'est que le prix soit parvenu à la communauté (1).

La cour de cassation a consacré cette doctrine dans une espèce qui pouvait paraître douteuse. Les deux époux avaient acquis conjointement un immeuble, et le prix avait été payé avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre. Il avait semblé au premier juge que la femme ne pouvait pas réclamer son prix à titre de récompense contre la communauté, alors qu'elle avait consenti à en faire remploi. Ici était l'erreur : il n'y avait pas de remploi, puisque les conditions requises par la loi n'avaient pas été observées. Or, à défaut de remploi, la femme a droit à une récompense dès que le prix de son propre a été versé dans la communauté; l'article 1433 est formel. L'arrêt de la cour de Pau a été cassé (2).

457. L'époux qui réclame une récompense pour le prix de son propre aliéné doit-il prouver que le prix a été

(1) Angers, 7 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 59). Rodière et Pont, t. II, p. 222, n° 937.

(2) Cassation, 30 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 236).

versé dans la communauté? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse; c'est l'application des principes élémentaires qui régissent la preuve. Le demandeur doit prouver le fondement de sa demande; et sur quoi est fondée, dans l'espèce, la demande de l'époux? Sur ce que le prix de son propre a été versé dans la communauté; il doit donc prouver ce fait. Il ne suffit point que l'époux établisse le fait de la vente, car il peut y avoir vente sans que le prix parvienne à la communauté; la vente n'est pas la cause du droit de l'époux à une indemnité, ce n'est que l'occasion; la cause véritable est que le prix a été versé dans la communauté, c'est donc ce fait que le demandeur doit prouver.

Cela est généralement admis quand c'est le mari qui réclame une récompense pour le prix de son immeuble. La cour de cassation l'a jugé ainsi. Le premier juge avait pensé que le fait seul de la vente durant le mariage emporte présomption que le prix a été versé dans la communauté; il en concluait que le mari n'avait rien à prouver, sauf au défendeur à établir que le prix n'avait pas été versé dans la masse. Cette prétendue présomption est une des mille présomptions que les interprètes imaginent, oubliant que le législateur seul a le droit de créer des présomptions qui tiennent lieu de preuve, et qu'une présomption légale doit être établie par une loi spéciale qui l'attache à certains faits. La décision de la cour de Bourges a été cassée; l'arrêt de la cour suprême est notable, il confirme pleinement la doctrine que nous sommes si souvent dans le cas de reproduire. La cour est obligée de rappeler les principes les plus élémentaires; c'est l'époux demandeur qui doit prouver sa demande, c'est-à-dire qu'il doit prouver que le prix a été versé dans la communauté; à défaut de cette preuve, sa demande devait être rejetée (art. 1315). On faisait une singulière objection qui dénote l'ignorance des plus simples éléments du droit : le défendeur, disait-on, opposait une exception à la demande, puisqu'il soutenait que le prix n'avait pas été versé dans la masse, ce qui rejetait la preuve sur lui. Non, dit la cour de cassation, le défendeur nie seulement

que le prix ait été versé ; et nier, ce n'est pas opposer une exception ; le défendeur est dans son droit en niant, c'est seulement quand le demandeur a prouvé le fondement de sa demande que le défendeur doit prouver l'exception qu'il lui oppose. La cour de Bourges avait donc violé les articles 1315 et 1433 (1).

Faut-il appliquer les mêmes principes au cas où la femme réclame une récompense pour le prix de son immeuble aliéné? En droit, il n'y a pas de raison de faire une différence entre la femme demanderesse et le mari demandeur. Est-ce que, par hasard, la femme ne serait pas soumise à la règle de l'article 1315? Et si elle y est soumise, de quel droit la dispenserait-on de l'obligation qui lui incombe de prouver le fondement de sa demande? Cependant on le fait. Les auteurs enseignent que le mari est administrateur des biens personnels de la femme ; ils en concluent qu'il est *présumé* avoir reçu le payement du prix si le prix était exigible et, par suite, ils rejettent sur le mari défendeur la preuve que le prix a été touché par la femme ou qu'il est encore dû par l'acquéreur (2). Nous n'hésitons pas à dire qu'il y a erreur et confusion dans l'opinion générale. On admet une présomption qu'aucune loi n'établit : c'est violer l'article 1351. Par suite, on dispense le demandeur de faire la preuve de sa demande : c'est violer l'article 1315. Voilà l'erreur, on ne saurait la contester, puisque les principes sont incontestables. Nous disons qu'il y a confusion. Payer au mari, c'est payer à la communauté, dit Troplong. Non, le mari ne reçoit pas

(1) Cassation, 13 août 1832 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1502). Comparez Rejet de la cour de cassation de Belgique, 10 juin 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 406). Cet arrêt n'est pas contraire à la décision de la cour de cassation de France : il décide que le fait seul que le mari a reçu les deniers emporte la preuve qu'ils ont été versés dans la communauté. Il était prouvé, dans l'espèce, que le mari avait reçu le prix de vente et qu'il n'en avait pas été fait remploi. Cette preuve était suffisante, tandis que, dans l'espèce jugée par la cour de cassation de France, le fait seul de la vente était prouvé ; l'arrêt attaqué en tirait une *présomption* légale qui dispensait le demandeur de la preuve. Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de cassation de France. Rejet, 9 avril 1872 (Dalloz, 1873, 1, 28). L'arrêtiste l'a mal interprété et mal formulé.

(2) Marcadé, t. V, p. 533, n° II de l'article 1433. Rodière et Pont, t. II, p. 224, n° 939. Troplong, t. I, p. 330, n° 1096. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles dans le même sens du 8 juin 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 57).

comme chef de la communauté ; il reçoit comme administrateur des biens de la femme, et ce qu'il reçoit comme administrateur n'est pas versé nécessairement dans la communauté ; donc on accumule des présomptions que la loi ignore, et l'on confond ce que le mari fait comme administrateur des biens de la femme et ce qu'il fait comme seigneur et maître de la communauté. Que l'on ne nous objecte pas des probabilités ; quelque fortes qu'elles soient, les probabilités ne deviennent une présomption que par la puissance de la loi ; l'interprète ne peut pas donner à des probabilités de fait la force d'une présomption légale.

458. Quel est le montant de la récompense à laquelle l'époux a droit? Le code ne le dit pas en termes formels, mais le principe résulte du texte de l'article 1433. Dans les deux cas prévus par la loi, il s'agit d'un prix soit pour vente d'un propre, soit pour rachat de services fonciers; ce prix est versé dans la communauté ; c'est ce prix, dit l'article 1433, que l'époux prélève sur la masse commune. Ainsi le montant de la récompense consiste dans la somme qui a été versée dans la communauté ou, comme dit Pothier, qui lui est parvenue. Peu importe que la communauté en ait profité ; elle en profite toujours, en ce sens qu'elle devient propriétaire des deniers qu'elle reçoit ; quant à l'emploi des deniers, il est étranger à la question des récompenses (n° 456). Il n'y a donc pas à considérer la valeur de l'immeuble ou des services fonciers ; elle peut être supérieure ou inférieure au prix, c'est le vendeur qui en profite ou qui en souffre, cela ne regarde pas la communauté; elle est tenue à récompense à raison des deniers qu'elle reçoit et qu'elle doit rendre.

L'article 1433 ne contient que des exemples, c'est-à-dire des applications d'un principe; le même principe s'applique à toutes les récompenses que la communauté doit aux époux. Il faut donc le formuler en termes généraux : le montant de la récompense est déterminé par le montant de la somme versée dans la communauté. C'est la décision du texte; il est en harmonie avec l'esprit de la loi. Pourquoi l'époux a-t-il droit à une récompense?

parce qu'une valeur à lui propre a été versée dans la communauté; il a le droit de *reprendre* ce qui y a été mis. Dans la doctrine traditionnelle, on dit que la communauté doit récompense de ce dont elle s'est enrichie. C'est la même idée, pourvu que l'on n'entende pas par le mot *enrichir* que la communauté ait retiré un *profit* de la somme qu'elle a encaissée (1).

459. L'article 1433 applique le principe à la vente d'un propre; il porte que l'époux prélève sur la communauté le prix qui a été versé dans la communauté. La coutume de Paris disait en termes plus clairs encore : *le prix de vente est repris*. C'est, au fond, la même idée, car les mots *prélèvement* et *reprise* sont synonymes dans le langage du code (art. 1471 et 1472), et le *prélèvement du prix* constitue une des *reprises* que les époux font avant le partage. C'est donc le *prix de la vente* que l'époux vendeur *reprend*. Pothier donne le commentaire de ce texte. Si le propre a été estimé par le contrat de mariage, l'époux a-t-il droit à la reprise de cette estimation? Non, car l'estimation constate la valeur de l'immeuble lors du mariage; or, l'époux ne reprend pas la valeur, il reprend le *prix*, parce que c'est le *prix* qui a été versé dans la communauté et non la *valeur*. Par la même raison, l'époux ne reprend pas la *valeur* qu'avait l'immeuble lors de l'aliénation, car ce n'est pas la valeur qui a été versée dans la communauté, c'est le prix, et l'époux ne peut *reprendre* que ce que la communauté a reçu (2).

460. L'article 1433 dit que l'époux prélève le prix qui a été versé dans la communauté, c'est-à-dire le prix réel et non le prix simulé qui peut avoir été déclaré à l'acte par les parties contractantes; car c'est le prix réel qui est versé et que la communauté reçoit, ce n'est pas le prix fictif. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens, et cela n'est point douteux. Dans l'espèce, le premier juge, s'attachant au sens vulgaire du mot *prix*, avait décidé que la récompense ne pouvait se faire que sur le pied de la

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 185, n° 78 *bis* III.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 586.

vente ; donc, disait la cour de Lyon, c'est l'acte de vente qui est décisif. L'article 1436, invoqué par l'arrêt, ne dit pas ce qu'on lui fait dire : « La récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. » Il n'est pas dit en termes absolus que la reprise se fait sur le pied de la vente ; la loi compare le prix porté au contrat avec la valeur de l'immeuble ; elle dit donc, en d'autres termes, que l'époux reprend, non la valeur, mais le prix ; il n'est pas question du prix réel comparé au prix fictif que les parties auraient déclaré au contrat. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Qu'est-ce que l'époux *reprend?* Ce que la communauté a reçu ; donc le prix réel qui y a été versé. L'interprétation de la cour de Lyon ouvrirait la porte à la fraude ; pour mieux dire, elle faciliterait et consacrerait la fraude. Un immeuble de la femme est vendu 30,000 francs ; le mari fait porter à l'acte un prix fictif de 20,000 ; il fraude le fisc et il fraude les droits de la femme si la reprise a lieu au prix déclaré ; 30,000 francs auront été versés dans la communauté et la femme n'en reprendrait que 20,000. La récompense est fondée sur une considération d'équité et de justice ; la communauté ne doit pas s'enrichir aux dépens des époux ; or, elle s'enrichirait de 10,000 francs si, en ayant reçu 30,000, elle n'en rendait que 20,000 (1).

461. Le prix simulé donne lieu à une difficulté de preuve. On demande si l'époux vendeur est admis à prouver quel est le véritable prix et s'il peut faire cette preuve par témoins. Nous croyons que l'époux est admis à prouver par témoins quel est le prix qui a été versé dans la communauté. Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse. Le mari vend un propre pour 20,000 francs ; l'acte porte que la vente a eu lieu pour 30,000 francs ; la déclaration est faite en fraude des droits de la femme ; si la reprise se faisait sur le pied de l'acte, le mari reprendrait 30,000 francs, tandis qu'il n'en a versé que 20,000 ;

(1) Cassation, 14 février 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3354). Rodière et Pont, t. II, p. 224, n° 941 ; et tous les auteurs.

la communauté serait en perte de 10,000 francs, ce qui constitue une perte de 5,000 francs pour la femme. Celle-ci peut-elle prouver par témoins le fait de simulation et de fraude? L'affirmative est certaine. Il est de principe que les tiers sont admis à prouver, par témoins et par simples présomptions, la fraude commise à leur préjudice (art. 1348 et 1353); or, la femme est un tiers, donc elle peut prouver par témoins que le prix est, non de 30,000 francs, mais de 20,000. Nous renvoyons au titre des *Obligations* en ce qui concerne le principe.

Si c'est l'une des parties contractantes qui demande à prouver que le prix porté au contrat est simulé, la question devient difficile et douteuse. Il s'agit de savoir si l'on doit appliquer à l'espèce les principes qui régissent la preuve testimoniale. Aux termes de l'article 1341, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. S'il faut appliquer cette règle, on ne pourra pas admettre la preuve testimoniale quand l'époux vendeur demande à prouver que le prix par lui déclaré à l'acte est simulé; en effet, ce serait prouver contre l'acte, et l'article 1341 défend de faire cette preuve par témoins. La cour de cassation s'est prononcée pour l'admission de la preuve testimoniale. Dans l'espèce, il s'agissait de la vente d'un propre de la femme faite par les deux époux; les héritiers de la femme demandaient à prouver par témoins que le prix déclaré à l'acte était simulé. On leur opposait l'article 1341; la femme étant partie à l'acte ne pouvait pas prouver par témoins contre l'acte. La cour de cassation répond que la règle de l'article 1341 reçoit exception dans les cas prévus par l'article 1348, notamment quand il y a quasi-délit; or, la dissimulation alléguée par les demandeurs était frauduleuse, donc elle constituait un quasi-délit de la part du mari à l'égard de la femme; la cour en conclut que la fraude peut être prouvée par témoins. Sans doute, la fraude et le dol se prouvent par témoins et par présomptions, mais la femme pouvait-elle invoquer ce principe, alors qu'elle-même avait participé à la simulation, qui avait probablement pour objet de frauder le fisc?

Cela est très-douteux. Si la loi admet la preuve de la fraude par témoins, c'est qu'il a été impossible à celui qui l'allègue de s'en procurer une preuve littérale; or, les deux époux étant d'accord pour dissimuler le véritable prix, qu'est-ce qui les empêche de dresser une contre-lettre? L'article 1348 ne serait applicable que dans le cas où le mari aurait pratiqué des manœuvres frauduleuses pour engager la femme à déclarer un prix simulé et dans le but de faire fraude à son droit de récompense; dans cette hypothèse, il y aurait impossibilité morale pour la femme de se procurer une preuve littérale de la fraude commise à son préjudice et, par suite, la preuve testimoniale serait indéfiniment admissible. La cour de cassation donne un autre motif; lors même, dit-elle, que la femme aurait participé sciemment à la dissimulation du prix, ce fait ne pourrait lui être opposé, parce qu'il serait le résultat de l'ascendant marital. N'est-ce pas établir en faveur de la femme une présomption que la loi ignore? D'après l'article 1348, elle devrait prouver qu'elle a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la dissimulation à laquelle elle-même a concouru. La cour la dispense de cette preuve, en disant que son concours à la déclaration n'est ordinairement que le résultat forcé de l'ascendant marital (1). Le législateur seul peut dispenser le demandeur de la preuve qui lui incombe en établissant une présomption en sa faveur, et nulle part la loi n'établit la présomption que la femme n'est pas libre alors qu'elle figure dans un acte avec son mari.

La cour de Douai a formulé nettement la doctrine que nous combattons. Elle distingue, en ce qui concerne la preuve de la dissimulation, entre le mari et la femme. Au mari, elle applique l'article 1341; l'acte fait foi à son égard du prix qu'il énonce, parce qu'il est maître de la rédaction de l'instrument et, par suite, il ne peut être admis à prouver contre son contenu. Il n'en est pas de même de la femme; elle ne stipule au contrat que sous l'influence

(1) Cassation, 14 février 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 3354), et 30 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 37).

de l'autorité maritale; *son consentement n'est pas suffisamment volontaire et libre pour être obligatoire de sa part*, quand ses droits se trouvent compromis par une fausse énonciation. Voilà bien la présomption par suite de laquelle la femme est dispensée de la preuve qu'elle devrait faire d'après l'article 1348 (1). Nous ne croyons pas que le juge puisse se fonder sur ce qui arrive ordinairement pour en induire que la femme n'est pas libre; le législateur seul a ce droit. Notre conclusion est que la preuve par témoins de la dissimulation du véritable prix ne peut pas se faire, si l'on admet que la question doit se décider d'après les principes des articles 1341 et 1348.

462. Il y a une autre opinion qui écarte l'article 1341, comme n'étant pas applicable à la question que nous discutons. En disant que la preuve par témoins n'est pas admise contre l'acte, l'article 1341 a en vue les rapports des parties contractantes entre elles, les droits et obligations qui sont constatés par l'acte; l'une d'elles n'est pas admise à prouver que ces droits ne sont pas tels que l'acte les formule; elle ne peut, du moins, pas faire cette preuve par témoins, parce que lettres passent témoins. Or, quand le mari ou la femme demandent à prouver que le prix véritable a été dissimulé dans l'acte, le débat n'existe pas entre les parties contractantes, vendeur et acheteur; l'acheteur est hors de cause; il s'agit de savoir quel est le prix qui a été versé dans la communauté, et dont celle-ci doit récompense. C'est un tout autre ordre d'idées, qui est étranger à la maxime que lettres passent témoins (2). L'interprétation est ingénieuse, mais n'est-elle pas en opposition avec les termes absolus de l'article 1341? « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. » Donc ceux qui y figurent doivent avoir soin de se procurer une preuve littérale de la réalité des faits quand elle est dissimulée dans l'acte, sinon on peut leur opposer la règle de l'article 1341.

(1) Douai, 28 avril 1851 (Dalloz, 1852, 2, 290).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 353, note 5, § 511 (4e éd.).

Nous hasarderons une autre explication, qui écarte également l'application de l'article 1341. Il est de principe que les faits purs et simples se prouvent indéfiniment par témoins. Or, quel est, dans l'espèce, le fait dont le demandeur en récompense veut faire la preuve? C'est le fait qu'une somme a été versée dans la communauté par l'un des époux. Ce fait devait-il être constaté par écrit? On peut soutenir que c'est un fait matériel. Le fait juridique, dans l'espèce, c'est la vente, c'est encore le remploi du prix; mais le fait du versement d'une somme dans les caisses de la communauté est un fait pur et simple ou matériel, donc on peut le prouver par témoins. Ce n'est pas se mettre en opposition avec l'article 1341. Il ne s'agit pas de savoir quel est le prix de la vente, il s'agit de savoir quelle somme a été versée dans la communauté. Supposons qu'une partie seulement du prix ait été versée dans la communauté, la partie intéressée ne sera-t-elle pas admise à prouver quelle est la somme précise qui a été versée? La preuve par témoins serait certainement admise, c'est la seule preuve possible des faits. Le mari reçoit le prix payé par l'acheteur; voilà un fait juridique qui doit être prouvé d'après la règle de l'article 1341. Après cela, le mari verse tout ou partie du prix dans la communauté, voilà un fait matériel. On peut encore dire que la femme est dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de ce fait, car elle n'y concourt point. Le mari lui-même ne pourrait dresser un écrit ni faire dresser acte du dépôt qu'il fait dans ses mains, car ce dépôt ne prouverait pas que le prix est parvenu à la communauté; il ne reste que la preuve testimoniale et les présomptions.

Nous ajouterons que l'admission de la preuve testimoniale est le seul moyen de garantir les droits des époux, et surtout de la femme. La loi lui assure un droit à la récompense, elle lui accorde même des priviléges pour en garantir la reprise. A quoi serviraient ces garanties si la femme devait prouver par écrit le fait du versement? Le plus souvent la preuve serait impossible, et le droit de la femme périrait faute de preuve. Il y a des auteurs et

des arrêts qui se sont placés exclusivement sur le terrain des récompenses (1). En conséquence, ils admettent le mari aussi bien que la femme à prouver par témoins quelle est la somme qui a été versée dans la communauté. Avant tout, dit-on, il faut maintenir la composition du fonds commun et du patrimoine propre des époux dans les termes de la loi : c'est le but des récompenses. Cela est vrai, mais reste la difficulté de la preuve, et elle est grande. Ce n'est pas la résoudre que de l'écarter en la passant sous silence.

463. Les mêmes principes s'appliquent à tous les cas où il y a lieu à récompense en faveur des époux. Si l'immeuble propre d'un époux a été donné en payement d'une dette de la communauté, celle-ci doit récompense, mais de quelle somme? Est-ce de la valeur de l'immeuble? Non; il est dû récompense de la somme qui a été versée dans la communauté; dans le cas de dation en payement, c'est le montant de la dette qui constitue le versement, c'est donc cette somme que l'époux a le droit de reprendre. Cela est aussi fondé en raison. La communauté rend ce qu'elle a reçu ; or, elle n'a reçu que la somme nécessaire pour payer sa dette. C'est de cela qu'elle s'est enrichie, comme on le dit d'ordinaire, et elle n'est tenue qu'en tant qu'elle s'est enrichie (2).

464. L'article 1433 prévoit le cas du rachat de services fonciers dus à des héritages propres à l'un des époux. De quoi lui est-il dû récompense? C'est une vente d'une partie de la propriété; il faut donc appliquer le principe de la vente, c'est-à-dire que l'époux a le droit de reprendre le prix qui a été versé dans la communauté.

Pothier prévoit une autre hypothèse qui n'est guère pratique, mais qui fait bien ressortir le principe. Il suppose trois héritages contigus : celui du haut est un propre, celui du milieu appartient à un voisin, celui du bas est un conquêt. Je fais avec mon voisin une convention par

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 226, n° 942. Besançon, 21 juin 1845 (Dalloz, 1851, 5, 93).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 186, n° 78 *bis* V.

laquelle j'affranchis son héritage d'un droit de servitude qu'il devait à mon propre; comme prix de cette renonciation, le voisin affranchit le conquêt d'une servitude que celui-ci devait à son héritage. Il m'est dû récompense, puisque j'ai enrichi la communauté par l'affranchissement d'un droit de servitude qui grevait son fonds, et c'est à mes dépens que je lui ai procuré cet avantage en faisant remise de la servitude qui était due à mon propre. Quel sera le montant de cette récompense? Pothier répond que c'est la somme que vaut l'affranchissement de la servitude dont le conquêt était chargé; en effet, la communauté s'est enrichie de cette somme, mais Pothier ajoute une réserve : « Jusqu'à concurrence seulement de la somme que vaut la servitude dont j'ai fait remise, de sorte que si celle-ci valait 1,000 francs, tandis que la servitude qui grevait le conquêt en valait 1,200, la communauté ne devrait qu'une récompense de 1,000 francs. Pourquoi la communauté ne doit-elle pas la somme de 1,200 francs dont elle profite? C'est qu'elle ne doit pas récompense du profit qu'elle a retiré de la somme qu'elle a reçue, elle doit récompense de la somme qui a été versée; or, qu'ai-je versé dans la communauté? La valeur de mon droit de servitude, 1,000 francs; donc je ne puis réclamer que 1,000 francs (1).

465. L'article 1403 donne droit à une récompense à l'époux sur le fonds duquel il a été ouvert une mine ou une carrière pendant le mariage, si les produits ont été versés dans la communauté. Quel sera le montant de la récompense? On suppose que, déduction faite des dépenses d'ouverture et d'exploitation, les produits s'élèvent à 30,000 francs. Est-ce de cette somme que la communauté devra récompense? Oui, mais, dit-on, avec la restriction que fait Pothier. Il faut voir ce que l'époux propriétaire du fonds verse dans la communauté; or, il n'y verse que la somme qui représente la diminution de valeur que son fonds éprouve par suite de l'ouverture et de l'exploitation

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 607. Colmet de Santerre, t. VI, p. 186, n° 78 *bis* V.

de la mine. Supposons qu'il y ait une diminution de valeur de 25,000 francs; il n'aura versé dans la communauté que cette somme, partant il n'a droit qu'à une récompense de 25,000 francs. C'est la solution de Duranton (1); elle nous laisse un doute. L'époux a le droit de reprendre ce qu'il a versé; or, il a réellement versé 30,000 francs, donc il reprend cette somme. Il y a une différence entre cette hypothèse et celle de la servitude supposée par Pothier. Quand je renonce à une servitude qui vaut 1,000 francs, je ne verse réellement que 1,000 francs dans la communauté; peu importe que ma renonciation procure un plus grand profit à la communauté; la communauté rend la valeur qu'elle a reçue et non le profit qu'elle en tire. Dans le cas de l'article 1403, la communauté reçoit, on le suppose, 30,000 francs, elle doit les rendre; il n'est pas exact de dire que l'époux ne s'appauvrit que de 25,000 francs, il s'appauvrit de ce qu'il verse, et il verse réellement 30,000 francs; or, il est dû récompense à l'époux de ce qu'il a versé dans la communauté.

Il est aussi dû récompense à l'époux, en vertu de l'article 1403, s'il a été fait une coupe dans un bois qui lui appartient, alors que, d'après l'aménagement, cette coupe aurait dû être faite plus tard. Quel sera le montant de la récompense? Une coupe qui ne devait être faite qu'en 1877 l'a été en 1870, et la communauté s'est dissoute en 1875. Il est dû une indemnité à l'époux propriétaire de ce qu'a produit la coupe, mais déduction faite de la valeur des deux années qu'avait le bois au jour de la dissolution de la communauté; c'est là ce que l'époux a réellement versé dans la communauté (2).

II. *Des droits viagers.*

1. VENTE D'UN PROPRE POUR UN DROIT VIAGER.

466. Applique-t-on les principes généraux à l'aliénation d'un propre quand le prix consiste en une rente via-

(1) Duranton, t. XIV, p. 462, n° 335.
(2) Duranton, t. XIV, p. 463, n° 337.

gère ou un usufruit? La question soulève deux difficultés. On demande d'abord s'il y a lieu à récompense. Et en supposant qu'une récompense soit due, on demande quel en est le montant.

Nous croyons qu'il faut appliquer à l'aliénation d'un propre moyennant un droit viager le principe général établi par l'article 1433. La loi ne distingue pas en quoi consiste le prix que l'époux reçoit pour l'aliénation d'un propre; pourvu qu'il y ait un prix et que ce prix soit versé dans la communauté, celle-ci doit rendre ce qu'elle a reçu. Or, quand je vends un immeuble pour une rente viagère, il est certain qu'il y a un prix, sauf à voir en quoi il consiste; donc il y a lieu à récompense. Il en était ainsi dans l'ancien droit. On ne discutait pas même la question, tellement la solution paraissait évidente en présence du texte de la coutume; il y a un prix, il est versé dans la communauté donc l'époux le reprend. La seule difficulté était de savoir quel était le chiffre de la récompense que l'époux pouvait réclamer et d'après quelles bases on en fixait le montant; c'est le seul point que Pothier et Lebrun examinent. Cela suffit, nous semble-t-il, pour trancher la question. Le code a reproduit la disposition de la coutume de Paris; il faut donc l'entendre telle qu'on l'entendait dans l'ancien droit, à moins que l'on ne prouve que le code déroge à la tradition (1).

On l'a soutenu. L'article 588, dit-on, considère les arrérages de la rente viagère comme le produit du droit à la rente, et il les assimile aux intérêts. De là on conclut que la communauté a droit aux arrérages à titre de fruits civils, sans être tenue à aucune restitution, pas plus que l'usufruitier. Qu'est-ce, dans ce système, que l'aliénation d'un immeuble moyennant une rente viagère? C'est l'échange d'un propre contre un autre propre. La rente viagère reste la propriété de l'époux vendeur; de ce chef, il n'a aucune récompense à réclamer; s'il survit, il conserve son droit à la rente; s'il prédécède, son droit s'éteint,

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 352 et note 4, § 511. Cette opinion est très-bien défendue par Colmet de Santerre, t. VI, p. 191, n° 78 *bis* XI.

à la vérité, mais cela n'empêche pas que la rente lui ait été propre et qu'elle lui ait tenu lieu de l'immeuble aliéné. Quant aux arrérages perçus par la communauté, l'époux n'y a aucun droit, puisqu'ils appartiennent à la communauté à titre de fruits (1). La cour de cassation répond que cette doctrine confond deux hypothèses tout à fait différentes. L'article 588 règle les rapports entre le nu propriétaire et l'usufruitier; il décide la question de savoir en quoi consiste la substance d'une rente viagère, substance que l'usufruitier doit conserver pour la rendre à l'extinction de l'usufruit. La disposition ainsi entendue s'applique aussi à la communauté usufruitière. Si l'un des époux a une rente viagère lors du mariage et si cette rente lui reste propre, la communauté, qui a la jouissance des propres, percevra les arrérages de la rente sans être tenue, de ce chef, à aucune restitution; si la rente existe encore lors de la dissolution de la communauté, l'époux crédirentier la reprend, comme il reprend tous ses propres. Autre est la question des récompenses; elle se décide, non par l'article 588, mais par l'article 1433. La communauté avait la jouissance d'un immeuble qui lui rapportait un revenu de 1,200 francs. Cet immeuble est aliéné moyennant une rente viagère de 2,000 francs : l'époux vendeur verse-t-il le prix de son propre dans la communauté? Telle est la question de récompense. Or, il est bien certain que les arrérages représentent une partie du capital, donc une partie du fonds; par conséquent, une partie du fonds est versée dans la communauté. La communauté n'a aucun droit au fonds, ni au capital du prix, ni, par conséquent, à la partie des arrérages qui tiennent lieu du fonds; elle doit donc rendre cette partie des arrérages, comme elle rend le prix du capital qu'elle reçoit. Qu'elle reçoive le fonds sous forme de prix ferme, ou sous forme de produits viagers, qu'importe? Elle s'enrichit, dans toute hypothèse, aux dépens de l'époux propriétaire; celui-ci, versant dans la communauté une partie de son fonds, a droit, de ce chef, à une récompense.

(1) C'est l'opinion de Rodière et Pont, et des auteurs qu'ils citent (t. II, p. 230, note 2).

On objecte les conséquences absurdes auxquelles conduit l'opinion généralement suivie. Supposons, dit-on, que la communauté dure quarante années après que l'un des époux a aliéné son propre pour une rente viagère : elle devra la différence qui existe entre le revenu ordinaire et les arrérages de la rente : 800 francs, dans l'exemple que nous avons donné ; donc, après quarante ans, l'époux aura droit à une récompense de 32,000 francs, et il reprendra de plus sa rente. Pourquoi cela est-il absurde? Est-ce que l'époux n'a pas versé dans la communauté 32,000 francs qui lui étaient propres, parce qu'ils représentent le prix d'un propre? Ce prix est supérieur à la valeur de l'immeuble aliéné, mais qu'importe? L'époux reprend son prix, et la communauté rend ce qu'elle a reçu (1). Supposons que ce résultat soit absurde, nous dirons encore : Qu'importe? C'est au législateur à prendre en considération les résultats et les conséquences des principes qu'il consacre ; le juge n'a pas à s'en inquiéter, il applique la loi telle quelle ; est-elle mauvaise, que l'on s'adresse au législateur.

467. Il nous reste à voir comment on détermine le montant de la récompense. Nous croyons qu'il faut suivre la tradition sur ce point, comme sur la question que nous venons d'examiner. C'est l'opinion consacrée par la jurisprudence. Pothier pose comme principe que la récompense consiste dans la somme dont les arrérages de la rente, perçus depuis l'aliénation de l'héritage jusqu'à la dissolution de la communauté, excèdent les revenus dudit héritage, lesquels seraient tombés dans la communauté si le propre n'avait pas été aliéné. Le principe découle du motif sur lequel la récompense est fondée. Les arrérages se composent de deux éléments au point de vue des droits de la communauté ; d'abord les intérêts du prix capital qui a servi à fixer le montant de la rente, puis une partie du capital qui varie d'après l'âge du crédirentier. La communauté ne doit pas de récompense pour la partie des

(1) Cassation, 8 avril 1872 (Dalloz, 1872, 1, 108). Rejet, 1er avril 1868 (Dalloz, 1868, 1, 311). Les cours d'appel sont partagées, mais les arrêts sont antérieurs à l'arrêt de cassation. Voyez les citations dans Aubry et Rau et dans Rodière et Pont.

arrérages qui représente les revenus de l'immeuble, car elle a droit à la jouissance des propres. Elle ne doit récompense que pour la partie des arrérages qui représente le capital ou le fonds, car elle n'a pas droit au fonds, ni au capital qui le représente.

Pothier donne l'exemple suivant. Le revenu du propre aliéné était de 600 livres par an ; il est aliéné pour une rente viagère de 1,000 livres; la communauté dure dix ans depuis l'aliénation. De quoi la communauté doit-elle récompense? La rente viagère excède de 400 livres par an le revenu de l'immeuble aliéné ; c'est, pour dix ans qui en ont couru depuis l'aliénation, une somme de 4,000 livres dont la communauté a profité et dont l'époux vendeur doit avoir la reprise. Si la communauté s'est dissoute par la mort du crédirentier, la rente s'est éteinte par la même cause ; les héritiers de l'époux n'auront que la récompense, telle que nous venons de la calculer. Si c'est l'époux crédirentier qui survit, il a droit de reprendre la rente qui lui est propre : c'est le droit commun (1).

2. ALIÉNATION D'UN DROIT VIAGER.

468. L'un des époux peut avoir un droit viager en propre, soit une rente viagère stipulée propre par contrat de mariage, soit un usufruit immobilier. On suppose qu'un usufruit immobilier est aliéné : cette aliénation donne-t-elle lieu à récompense? La question est controversée et douteuse. Jusqu'ici Pothier nous servait de guide et, dans le doute, nous nous rattachions à la tradition. Ce guide nous fait défaut dans la question que nous venons de poser. Pothier a varié ; nous sommes donc en présence de deux opinions contraires, s'appuyant l'une et l'autre sur l'autorité de Pothier. La plupart des auteurs suivent celle qu'il a enseignée en dernier lieu dans son *Traité de la commu-*

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 594. Aubry et Rau, t. V, p. 356, note 11, § 511, et les deux arrêts cités plus haut, p. 482. Il faut ajouter Bordeaux, 10 mai 1871 (Dalloz, 1871, 2, 219). Colmet de Santerre, t. VI, p. 193, n° 78 *bis* XII, a un autre système, sur lequel nous allons revenir.

nauté (n° 592); nous préférons celle qu'il professe dans son *Introduction à la coutume d'Orléans* (titre X, n° 106).

Pour résoudre la question, il faut faire une distinction. La communauté peut se dissoudre par la mort de l'époux sur la tête de qui le droit viager, tel que l'usufruit, était constitué, ou elle peut être dissoute par la mort de l'autre conjoint, par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a pas de difficulté; tout le monde est d'accord pour dire qu'il y a lieu à récompense; le dissentiment reparaît quand il s'agit de fixer le montant de la récompense; nous reviendrons sur ce point. Il faut voir avant tout si l'époux survivant, divorcé, séparé de corps ou de biens, a droit à une récompense. L'époux qui a un usufruit immobilier l'aliène, le prix de son propre est versé dans la communauté; récompense est due à l'époux parce que le prix d'un propre est versé dans la communauté. On est dans le texte de la loi. On ne peut pas objecter à l'époux vendeur que son droit est viager et qu'il se serait éteint par sa mort; car, dans l'espèce, le droit ne se serait pas éteint, puisque l'époux usufruitier, survivant à la dissolution de la communauté, aurait repris son droit d'usufruit; il ne peut pas le reprendre, puisqu'il l'a aliéné; il a donc droit de reprendre ce qui a été versé dans la communauté par suite de cette aliénation, sinon la communauté s'enrichirait à ses dépens, puisqu'elle profiterait du prix d'un droit qui est propre à l'époux usufruitier. L'esprit de la loi est donc d'accord avec le texte pour donner à l'époux droit à une récompense; ce droit nous paraît certain.

Il n'en est pas de même quand la communauté se dissout par la mort de l'époux sur la tête de qui l'usufruit était constitué; nous prenons l'usufruit comme exemple; ce que nous en dirons s'applique naturellement à la rente viagère. Pothier enseigne, dans son *Introduction à la coutume d'Orléans,* que l'époux qui aliène l'usufruit n'a pas droit à une récompense dans cette hypothèse. Pour qu'il y ait lieu à récompense, dit-il, il faut que l'époux ait perdu par l'aliénation une valeur propre qu'il aurait eu le droit de reprendre à la dissolution de la communauté; la

récompense l'indemnise de cette perte. Il n'y a plus lieu à récompense quand l'époux ne perd rien par l'aliénation, car la récompense est une indemnité, et celui qui ne perd rien ne peut pas demander à être indemnisé. Or, telle est la situation de l'époux qui a aliéné un usufruit alors qu'il vient à décéder; l'usufruit se serait éteint à sa mort, quand même il ne l'aurait pas aliéné; ses héritiers n'auraient donc pas pu réclamer une indemnité du chef de cette aliénation, car elle ne leur cause aucun préjudice; il est vrai qu'ils ne trouvent pas le droit d'usufruit dans la succession de leur auteur; mais s'ils ne le trouvent pas, ce n'est pas parce qu'il a été aliéné, c'est parce que l'usufruit, qui est un droit viager, se serait éteint indépendamment de toute aliénation, par le décès de l'époux usufruitier. Dès lors ils ne peuvent réclamer aucune récompense, car toute récompense suppose une perte; il n'y a pas lieu d'indemniser celui qui ne perd rien. Cette solution est aussi fondée en raison. Il y a une différence essentielle entre l'aliénation d'un immeuble et l'aliénation d'un droit viager : l'aliénation d'un immeuble diminue nécessairement le patrimoine de celui qui l'aliène, car cet immeuble se serait trouvé dans son patrimoine à la dissolution de la communauté; si les héritiers de l'époux vendeur ne l'y trouvent pas, c'est à cause de l'aliénation, donc l'aliénation les constitue en perte; de là le droit de récompense contre la communauté qui a perçu le prix de l'aliénation. Il n'en est pas ainsi quand l'époux vend un droit viager, ce droit se serait éteint par sa nature à la mort de l'époux : peut-on dire que son patrimoine est diminué par cette aliénation lorsque la communauté vient à se dissoudre par sa mort? Le patrimoine de celui qui a un droit viager diminue incessamment, parce que d'un instant à l'autre le décès approche, et à mesure que le décès approche, le droit perd de sa valeur; le patrimoine diminue donc par la nature du droit : en reste-t-il quelque chose à la dissolution de la communauté, l'époux a droit à une indemnité; n'en reste-t-il rien, l'époux ou ses héritiers ne peuvent réclamer aucune indemnité du chef de l'aliénation du droit, car si le droit ne se trouve plus dans le patrimoine de l'époux, ce n'est pas

à cause de l'aliénation, c'est à cause de la nature viagère du droit (1).

469. Dans une matière aussi difficile, il ne suffit pas d'exposer l'opinion que nous préférons, il faut aussi faire connaître l'opinion contraire, que Pothier a fini par embrasser et qui est suivie par la plupart des auteurs modernes. Pothier dit que l'époux qui vend un droit d'usufruit ou de rente viagère à lui propre a droit à une récompense dans tous les cas, c'est-à-dire sans distinguer si la dissolution de la communauté est arrivée par le prédécès de l'époux à qui appartenait le droit viager, ou par le décès de l'autre conjoint. C'est la seule allusion que Pothier fasse à sa première opinion; il ne la combat pas et il ne motive pas son opinion nouvelle. On devine, du reste, facilement le motif qui l'a fait changer d'avis : ce sont les termes absolus de la coutume, laquelle donne droit à une récompense dans tous les cas où il y a aliénation d'un propre, sans distinguer si ce propre est un immeuble ou un droit viager. L'article 1433 reproduit la disposition de la coutume de Paris; il donne droit à une récompense dès qu'un immeuble est vendu et que le prix en est versé dans la communauté. Ne faut-il pas dire que l'interprète ne peut pas distinguer là où la loi ne distingue pas? Nous répondons que la distinction entre les droits perpétuels et les droits viagers résulte de la nature même de ces droits. Quand un immeuble propre est aliéné, le patrimoine de l'époux est nécessairement diminué, et c'est la communauté qui profite de cette aliénation en percevant le prix; elle n'a pas droit à l'immeuble vendu, elle n'a pas non plus droit au prix de l'immeuble; si ce prix est versé dans la communauté, l'époux ou ses héritiers ont le droit de le reprendre, sinon la communauté s'enrichirait à leurs dépens. Voilà les circonstances dans lesquelles il y a lieu à récompense. Cette situation ne se présente pas quand l'époux vend un droit viager et que la communauté se dissout par sa mort. Peut on dire, dans ce cas, que la

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 186, n° 78 *bis* VI. Aubry et Rau, t. V, p 353, note 5, § 511, et les autorités qui y sont citées.

communauté profite d'un droit immobilier qui était propre à l'époux? Non, car ce droit ne consiste, en réalité, que dans une jouissance viagère, et cette jouissance cesse à la mort de l'époux, laquelle est aussi l'époque de la dissolution de la communauté. La communauté, tant qu'elle dure, jouit comme aurait joui l'époux usufruitier; la cession que l'époux fait de son droit n'est qu'un changement de jouissance, le prix versé dans la communauté représente cette jouissance; donc la communauté ne s'enrichit pas du droit, et partant elle ne doit pas de récompense de ce chef. Elle ne s'enrichit, dans une certaine mesure, que lorsque l'époux usufruitier survit à la dissolution de la communauté, car alors le droit viager subsiste, mais diminué par la jouissance que la communauté a eue; il y a une perte, donc il y a lieu à une indemnité. Mais quand la communauté se dissout par la mort de l'époux usufruitier, le droit ne périt pas par l'aliénation, il périt parce que c'est un droit viager; la communauté ne s'est pas enrichie du droit, car elle ne s'enrichit point quand l'époux ne perd rien. Il n'y a plus là les éléments nécessaires pour que l'époux ait droit à récompense.

On objecte, et l'objection est très-sérieuse, que pour savoir s'il y a lieu à récompense, il faut considérer le moment où se fait l'aliénation, et non le moment où la communauté se dissout. Or, au moment de la vente, le prix d'un droit propre est versé dans la commmunauté, donc celle-ci en doit récompense. Est-ce que le droit à une récompense peut dépendre d'un fait accidentel, de la cause qui entraîne la dissolution de la communauté? Dès qu'il y a vente d'un propre et que le prix est versé dans la communauté, le droit à l'indemnité existe, et il peut être exercé, quel que soit l'événement par lequel la communauté se dissout. L'objection est, au fond, celle que l'on puise dans le texte de l'article 1433. Elle ne tient pas compte de l'effet de l'aliénation du droit viager : l'aliénation sera la cession d'un droit propre lorsque l'époux survit à la dissolution de la communauté, car il reprend ce droit, quoique diminué; tandis que l'aliénation ne sera qu'une cession de jouissance quand la communauté se dis-

sout par la mort de l'époux usufruitier. Dans la première hypothèse, les éléments d'une indemnité existent : il y a perte d'un côté et profit de l'autre. Dans la seconde hypothèse, ces éléments n'existent pas : les héritiers perdent, mais ce n'est point par l'aliénation, c'est par le fait que le droit est viager; il n'y a donc ni perte ni profit, donc il ne peut y avoir lieu à indemnité. Vainement dit-on que la récompense dépendra d'un fait accidentel; il s'agit d'un droit viager, donc d'un droit soumis à des chances; et c'est seulement lors de la dissolution de la communauté que l'on peut voir si l'aliénation a été une cession de jouissance, ou une cession du droit, en ce qui concerne le profit que la communauté en a retiré et la perte que l'époux a faite (1).

470. Tout le monde admet qu'il y a lieu à récompense quand l'époux usufruitier survit à la dissolution de la communauté. Reste à savoir quel en est le montant. Sur ce point, il y a de nouvelles difficultés. Nous suivons de préférence l'opinion de Pothier. Voici l'exemple qu'il donne. L'époux a un droit d'usufruit dont le revenu est de 1,000 livres par an. Il le vend pour le prix de 12,000 livres, qui est versé dans la communauté. La jouissance de la communauté diminue; au lieu d'un revenu de 1,000 francs, elle n'a plus que l'intérêt de 12,000 francs, c'est-à-dire 600 francs; donc elle est en perte de 400 francs par an. La communauté se dissout par la mort du conjoint usufruitier : celui-ci, dans l'opinion de Pothier, a droit à une récompense. Il a versé 12,000 francs dans la communauté : peut-il reprendre cette somme? Non, car s'il la reprenait, il s'enrichirait de 400 francs par an aux dépens de la communauté; si celle-ci a duré dix ans depuis l'aliénation de l'usufruit, l'époux ferait un bénéfice de 4,000 francs et la communauté serait en perte de la même somme. La communauté ne s'est réellement enrichie que de 8,000 fr., les 4,000 francs restants représentent la perte qu'elle a faite. Donc l'époux n'a droit qu'à une récompense de 8,000 francs.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 592. Aubry et Rau, t. V, p. 353, note 5, et les auteurs qu'ils citent.

Ce point est aussi controversé. Il y a des auteurs qui donnent à l'époux vendeur une récompense pour la totalité du prix de vente. Le texte de l'article 1433 paraît favorable à cette opinion. C'est le prix versé dans la communauté que l'époux reprend; or, il a versé 12,000 francs, la communauté a profité de cette somme, donc elle en doit récompense. Il est vrai qu'elle perd en revenus, mais cette perte est la conséquence naturelle de la vente du droit viager; or, l'époux a le droit de vendre et de changer le mode de jouissance; la communauté n'a pas d'autre droit que l'époux, elle jouit comme aurait joui l'époux, sans pouvoir réclamer une indemnité du chef de la diminution de sa jouissance. On répond que cette argumentation ne tient aucun compte de la nature de la récompense. C'est essentiellement une indemnité pour la perte que fait l'époux et une compensation du profit que fait la communauté, c'est-à-dire que ce qui sort du patrimoine de l'époux et entre dans celui de la communauté donne lieu à récompense. Or, qu'est-ce qui sort du patrimoine de l'époux, dans l'espèce, et qu'est-ce qui entre dans celui de la communauté? L'époux convertit un revenu viager de 1,000 francs en un revenu perpétuel de 600 francs, il y gagne en durée ce qu'il perd en quantité; la communauté, au contraire, qui n'a qu'une existence temporaire, est en perte de 400 francs par an, perte qui n'est compensée par rien. Donc le bénéfice que fait l'époux vendeur n'entre pas dans le patrimoine de la communauté; celle-ci reçoit un capital de 12,000 fr., il est vrai, qu'elle doit rendre; mais si elle le rendait intégralement, elle rendrait plus qu'elle n'a reçu, puisque, en recevant un capital de 12,000 fr., elle n'a plus qu'une jouissance de 600 fr. Que reçoit-elle donc? Elle reçoit 12,000 fr., déduction faite de 400 francs par an. Elle ne doit rendre que ce qu'elle reçoit; donc, après dix ans, elle ne doit rendre que 12,000 fr., en déduisant 4,000. Vainement dit-on que la diminution de revenus qui résulte, pour la communauté, de l'aliénation de l'usufruit, est l'exercice d'un droit; que le propriétaire peut jouir comme il veut et que la communauté n'a d'autre droit que l'époux. Cela n'est pas exact; l'époux qui vend l'usufruit ne change

pas seulement le mode de jouissance, il change la nature du droit en remplaçant un droit viager par un droit perpétuel : peut-il le faire au préjudice de la communauté, en réclamant le prix de 12,000 francs, sans tenir compte à la communauté de la perte qu'elle souffre par la substitution d'un droit perpétuel à un droit viager? Non, car la récompense est une question de gain et de perte, puisque c'est une question d'indemnité.

On fait une autre objection. Si la communauté dure longtemps après l'aliénation du droit viager, les déductions que nous autorisons la communauté à faire pour diminution de jouissance pourront absorber et dépasser l'indemnité. Si, au lieu de durer dix ans, comme le suppose Pothier, elle dure quarante ans, la communauté pourra déduire 16,000 francs, et elle n'en doit que 12,000. L'époux, qui était créancier d'une récompense, se trouvera débiteur. Nous avons bien des fois répondu à des objections analogues; l'interprète n'a pas à s'enquérir des conséquences qui résultent d'un principe ou d'une loi : absurdes ou non, il doit les accepter : c'est l'affaire du législateur (1).

§ II. *Des récompenses dues à la communauté.*

N° I. QUAND EST-IL DU RÉCOMPENSE?

471. L'article 1437 énumère plusieurs cas dans lesquels la communauté a droit à une récompense contre les époux, puis il pose une règle générale en ces termes : « Et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. » La règle est identique avec celle que l'article 1433 établit sur les récompenses que les époux ont contre la communauté et elle a le même fondement; en la formulant, la loi en donne la raison.

L'un des époux tire un profit personnel de la communauté : pourquoi lui doit-il une indemnité de ce chef? C'est

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 188, n°s 78 *bis* VIII et IX. Aubry et Rau, t. V, p. 356, note 12, § 511, et, en sens contraire, les auteurs qu'ils citent.

que la communauté, comme le mot l'indique, a pour objet les intérêts communs des époux, pour mieux dire, de la famille. Il est vrai que chacun des époux peut avoir des intérêts particuliers, puisqu'il a un patrimoine qui lui est propre; ces intérêts sont étrangers à la communauté, l'époux doit donc y pourvoir sur ses propres biens, et non sur les biens de la communauté; s'il emploie les biens communs dans son intérêt privé, il s'avantage, tandis que la communauté éprouve une perte; la justice exige que l'époux tienne compte de l'avantage qu'il retire des biens communs et de la perte qui en résulte pour la communauté. Tel est le principe des récompenses ou indemnités que chacun des époux doit à la communauté quand il fait servir les biens communs à son avantage particulier.

Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense? La loi énumère les cas les plus usuels dans l'article 1437; elle en prévoit d'autres ailleurs. Nous les avons déjà rencontrés dans le cours de nos explications; il suffira de les parcourir en renvoyant à ce qui a été dit là où est le siége de la matière.

472. Aux termes de l'article 1437, lorsqu'il est pris sur la communauté une somme pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, celui-ci lui en doit récompense. Qu'entend-on par dettes personnelles aux époux? On trouve la même expression dans l'article 1409, n° 3; nous l'avons expliquée en traitant du passif de la communauté. L'article 1437 en donne un exemple : « le prix ou partie du prix d'un immeuble propre à l'époux. » C'est la reproduction de l'article 1409, 1°. Le prix étant une dette mobilière tombe dans le passif de la communauté, en ce sens qu'elle est tenue de le payer au créancier; mais comme la dette est relative à un immeuble propre à l'époux, la loi ajoute qu'il en est dû récompense à la communauté. L'article 1469 mentionne une autre dette personnelle aux époux, bien que l'obligation ne soit que naturelle : l'époux qui dote un enfant d'un premier lit avec des biens ou des valeurs de la communauté en doit faire le rapport, c'est-à-dire qu'il en doit récompense; peu importe que la dette ne soit pas une dette civile, il n'en

est pas moins vrai que l'époux prend dans la communauté des biens ou des valeurs dans un intérêt à lui particulier; cela suffit pour qu'il soit tenu à récompense. Il n'y a pas à distinguer si la dot a été promise avant ou pendant le second mariage; cette circonstance, qui paraît avoir embarrassé une cour, est tout à fait indifférente (1); ce qui est décisif, c'est que l'époux se soit servi des biens communs dans un intérêt qui lui est personnel.

473. L'article 1437 applique le même principe aux *charges* qui sont personnelles à l'un des époux; il donne comme exemple le rachat de services fonciers. Lorsqu'une servitude réelle, dit Pothier, dont était grevé l'héritage propre de l'un des époux, est rachetée des deniers de la communauté, ce rachat procure un avantage au propriétaire du fonds. La *charge* lui était *personnelle,* en ce sens qu'elle diminuait la valeur d'un immeuble qui lui est personnel; quand l'héritage en est affranchi, l'époux en retire un avantage personnel; si c'est la communauté qui a payé le rachat, il lui en doit récompense. Pothier, toujours exact, a soin de dire qu'il s'agit d'une servitude prédiale (2). S'il s'agissait d'une servitude personnelle, telle que l'usufruit qui grève le fonds de l'un des époux, il n'y a pas lieu à récompense, par la raison que l'usufruit devient un conquêt. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (t. XXI, n° 260).

Ce que l'article 1437 dit du rachat des servitudes s'applique à l'affranchissement de toute charge réelle : telle serait l'hypothèque dont le propre de l'un des époux est grevé. Si la dette pour laquelle l'immeuble était hypothéqué est payée par la communauté, il en est dû récompense. Le tribunal de la Seine s'y est trompé. La dette, dit-il, bien que garantie par une hypothèque, n'en est pas moins mobilière et, comme telle, à la charge de la communauté. Sans doute, mais comme le payement de la dette affranchit l'immeuble et le rend plus précieux, d'après l'expression de Pothier, l'époux doit récompense pour cet avan-

(1) Bastia, 31 janvier 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* n° 890).
(2) Pothier, *De la communauté,* n° 638.

tage, comme l'a jugé la cour de Paris. Ce qui prouvait que la femme avait profité de l'affranchissement de l'immeuble, c'est que le partage attribuait à la femme la totalité du prix de l'immeuble dégrevé (1).

474. L'article 1437 donne encore à la communauté une récompense quand il est pris sur les biens communs une somme pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration des biens personnels d'un époux. Pothier donne comme exemple le supplément du juste prix que l'époux paye afin d'arrêter l'action en rescision pour cause de lésion que le vendeur exerce contre lui. S'il paye ce supplément avec les deniers de la communauté, il en doit récompense, car ces deniers servent à conserver à l'époux la propriété de l'immeuble; donc ils sont employés dans un intérêt qui lui est particulier et, par suite, il y a lieu à indemnité (2).

Les travaux que l'époux fait sur ses propres peuvent avoir pour objet la conservation des biens, ou leur amélioration, ou leur embellissement : est-il dû récompense dans tous ces cas? Cette question est très-controversée; comme elle tient au chiffre de l'indemnité que l'époux doit payer, nous l'examinerons en traitant du montant de la récompense. Un point est certain, Pothier en fait la remarque : les dépenses de simple entretien ne donnent pas lieu à récompense, puisqu'elles constituent une charge de la communauté (art. 1409, 4°).

475. L'article 1437 ne limite pas le droit de récompense aux cas qu'il prévoit, puisque, après avoir énuméré les causes qui d'ordinaire donnent lieu à récompense, il ajoute une règle générale dont les exemples qu'il vient de donner ne sont qu'une application. Nous avons donné une autre application du même principe en traitant des frais de labours et de semences qui se font sur les propres des époux, et dont ils profitent après la dissolution de la communauté (t. XXI, n° 248).

(1) Paris, 18 mars 1872 (Dalloz, 1873, 2, 19).
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 632.

N° 2. MONTANT DE LA RÉCOMPENSE.

I. *Le principe.*

476. Pothier établit trois principes sur les récompenses dues à la communauté (1). Le premier est ainsi conçu : « Toutes les fois que l'un des conjoints s'est enrichi aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense. » Ce principe est reproduit par l'article 1437, mais au lieu de dire *s'est enrichi*, le code dit : *a tiré un profit personnel.* L'idée est la même ; c'est la reproduction de la doctrine traditionnelle des récompenses, la communauté ne peut s'enrichir aux dépens des époux (art. 1433), de même les époux ne peuvent s'enrichir aux dépens de la communauté. Reste à savoir quand on peut dire que les époux s'enrichissent ou tirent un profit personnel des biens de la communauté. S'enrichissent-ils de la somme prise dans la communauté et doivent-ils la rapporter intégralement? ou faut-il voir quel est le profit qu'ils en ont retiré et ne doivent-ils récompense que jusqu'à concurrence de ce profit? Le premier principe de Pothier ne répond pas à cette question. Toutefois il en résulte une conséquence qu'il importe de noter, c'est que le principe est identique pour toutes les récompenses, pour celles que les époux doivent à la communauté comme pour celles que la communauté doit aux époux.

477. Pothier pose deux autres principes. Nous commençons par le troisième, qui ne donne lieu à aucun doute : « La récompense n'excède pas ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré. » Ce principe résulte de la nature même de la récompense. C'est une indemnité, c'est-à-dire la compensation d'une perte ; or, la communauté ne perd que ce qu'elle dépense ; elle ne peut donc pas réclamer une indemnité qui dépasse ce qu'elle a dépensé. Si 1,000 francs sont pris dans la communauté par un époux dans un inté-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 613. Comparez Duranton, t. XIV, p. 453, n°s 323-325.

rêt qui lui est propre et que l'emploi fait par l'époux lui procure un profit de 1,500 francs, il doit une récompense, non de 1,500, mais de 1,000 francs : la communauté ne peut pas *reprendre* plus qu'elle n'a *donné*, car les *récompenses* dues à la communauté sont aussi des *reprises*. Cela n'est pas douteux, bien que le principe ait été contesté devant les tribunaux; la jurisprudence et la doctrine sont unanimes (1).

Nous en déduisons une conséquence qui est importante; l'article 1437 dit que l'époux doit récompense toutes les fois qu'il retire un *profit* personnel des biens de la communauté. Il ne faut pas prendre le mot *profit* en ce sens qu'il faille estimer le profit que l'époux retire des biens de la communauté, il ne rend que ce qu'il a *pris*. N'en doit-on pas conclure que l'emploi fait par l'époux des deniers qu'il prend dans la communauté est indifférent en ce qui concerne le montant de la récompense? Un point est certain, c'est que la communauté ne peut pas se prévaloir de cet emploi dans la mesure qu'il est profitable à l'époux. Reste à savoir si l'on peut se prévaloir contre elle de l'emploi qui n'est pas profitable à l'époux, en ce sens que le profit est moindre que la dépense.

478. Le troisième principe de Pothier répond à la question : « La récompense n'est pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire particulière de l'un des conjoints, elle n'est due que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a profité. » Ainsi le mari prend 10,000 francs dans la communauté pour faire des travaux sur son propre ou sur celui de la femme; il en résulte une plus-value de 8,000 francs; l'époux propriétaire ne doit qu'une récompense de 8,000 francs, car il ne profite que de cette somme.

Ce principe a-t-il été consacré par le code civil? On pourrait le croire en lisant la règle formulée par l'article 1437 : l'époux doit récompense du *profit* personnel qu'il tire de la communauté, donc en tant qu'il profite, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité. Mais

(1) Liége, 13 avril 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 123). Colmet de Santerre, t. VI, p. 211, n° 84 *bis* II.

le texte n'est pas aussi décisif qu'il en a l'air. Nous venons d'en faire la remarque et, sur ce point, il n'y a aucun doute : le profit n'est pas pris en considération quand il dépasse la somme prise dans la communauté; c'est dire que les bonnes chances sont pour l'époux; dès lors n'est-il pas équitable que l'époux supporte aussi les mauvaises chances? Laissons pour le moment la question d'équité de côté, pour nous en tenir au texte. Le mot *profit* ne décide pas la difficulté, il est synonyme du mot *s'enrichir;* il faut donc voir de quoi l'époux s'enrichit et quel est le montant de la récompense qu'il doit pour s'être enrichi.

Le commencement de l'article 1437 répond à notre question : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une *somme* soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, etc., il en doit la récompense. » De quoi doit-il récompense, d'après ces termes de la loi? Il doit récompense de la *somme* qu'il a *prise* sur la communauté; c'est dire qu'il *rend* ce qu'il a *pris,* ou que la communauté *reprend* ce qu'elle a *avancé.* S'il en est ainsi dans les divers cas énumérés par l'article 1437, il en doit être de même dans tous les cas. En d'autres termes, la règle que la loi formule, après avoir donné des applications, ne peut avoir d'autre sens que ces applications; donc le *profit* dont parle la règle consiste dans la somme que l'époux a prise dans la communauté; il est donc débiteur de cette somme à titre de récompense.

L'article 1408 confirme l'interprétation que nous donnons à l'article 1437. Un époux, propriétaire par indivis d'un immeuble, acquiert, moyennant une somme de 20,000 francs, la part de son copropriétaire. Cette part ne vaut que 18,000 francs. La somme de 20,000 francs a été prise sur la communauté; récompense lui est due : de quoi? L'article 1408 répond : « de la *somme* que la communauté a *fournie* pour cette acquisition »; donc de 20,000 francs, quoique le *profit* ou la plus-value ne soit que de 18,000 francs. Voilà une application que la loi elle-même fait du principe qu'elle établit dans l'article 1437 : c'est la somme que *fournit* la communauté (art. 1408), ou qui est *prise* dans la communauté (art. 1437), que l'époux doit

à titre de récompense; voilà le *profit* qu'il fait. Le profit, c'est la somme qu'il reçoit et dont il s'enrichit, quel que soit l'emploi qu'il en fasse et le bénéfice qu'elle lui procure (1).

479. Tels sont les textes. On oppose la tradition; les auteurs anciens professaient tous l'opinion de Pothier, et on ne voit pas, dans les travaux préparatoires, que le législateur ait entendu déroger à la doctrine traditionnelle(2). C'est un puissant argument dans une matière où le code n'a guère fait que consacrer le droit existant. Mais il n'est pas décisif; le code s'est écarté plus d'une fois de l'opinion de Pothier et, dans l'espèce, la dérogation nous paraît certaine. L'esprit de la loi ne nous laisse aucun doute. Pothier met sur la même ligne les récompenses que la communauté doit aux époux et celles que les époux doivent à la communauté; or, quel est le principe établi par l'article 1433 quant aux récompenses que la communauté doit aux époux? Quand le *prix* provenant d'un propre de l'un des époux est *versé* dans la communauté, il y a lieu à la récompense de ce *prix;* c'est la somme *versée* que l'époux reprend, quand même cette somme n'aurait pas procuré à la communauté un bénéfice équivalent; on ne tient aucun compte de l'emploi que la communauté fait du prix qu'elle reçoit (n° 456). S'il en est ainsi des récompenses dues par la communauté, il en doit être de même des récompenses dues par les époux, car le principe est identique et les motifs du principe sont les mêmes : c'est l'équité, la justice. Est-ce que l'équité change de nature, selon que la récompense est due par la communauté ou par les époux? Y a-t-il deux justices différentes? La communauté reçoit 20,000 francs et elle en rend 20,000, quoique son bénéfice ne soit que de 18,000. L'époux prend 20,000 francs et ne rend que 18,000, parce que son bénéfice n'est que de 18,000 : où est la raison de cette différence?

(1) C'est l'opinion de Demante, de Bugnet sur Pothier, de Marcadé, de Massé et Vergé sur Zachariæ (voyez les citations dans Rodière et Pont, qui partagent cette opinion) et de Valette (Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 74, n° 169).

(2) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 368, note 5, § 511 *bis*.

Les partisans de l'opinion contraire avouent qu'il paraît étrange que la communauté, ayant déboursé une somme de 100 francs, n'obtienne de l'époux débiteur que 60 ou 80 francs, mais ils prétendent que cela se justifie très-simplement. La communauté, c'est le mari; quand on dit qu'une somme est prise sur la communauté, c'est le mari qui la prend, peu importe que la somme soit prise dans son intérêt ou dans celui de la femme. Le mari prend 20,000 francs dans la communauté, il n'en résulte pour sa femme ou pour lui qu'un bénéfice de 18,000 francs; il y a une perte de 2,000 francs. Qui doit la supporter? La communauté, dit-on, car le mari a le droit de dissiper et de perdre les biens communs. Il n'y a qu'une exception au pouvoir du mari, c'est qu'il ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté; or, il ne s'enrichit que du bénéfice qu'il tire de la communauté ou que sa femme en tire (1). Il est vrai que le mari a droit de dissiper et de perdre les biens communs; mais l'exception est plus étroite qu'on ne le dit : quand le mari prend 20,000 francs sur la communauté pour en faire emploi dans son intérêt, il ne dissipe pas, il spécule; or, il ne lui est pas permis de spéculer aux dépens de la communauté. La loi lui dit : Si vous prenez 20,000 francs dans la communauté pour acheter la part indivise dans un fonds dont vous êtes copropriétaire, vous rendrez ces 20,000 francs, quoique vous n'en ayez retiré qu'un bénéfice de 18,000. C'est donc le mari qui supporte la perte, et non la communauté; cela n'est pas douteux, puisque l'article 1408 le dit. Voilà donc que le mari doit rendre à la communauté une somme de 2,000 francs, bien qu'il ait le droit de dissiper cette somme; que dis-je? il pouvait tout dissiper et tout perdre, et néanmoins il devient débiteur dès qu'il spécule en employant les biens communs dans son intérêt particulier. Cela est contradictoire, dit-on, et le principe de Pothier paraît plus logique. En réalité, il n'y a point de contradiction; quand on dit que le mari peut dissiper et perdre les biens communs, c'est pour exprimer qu'il en est seigneur et maître. Mais

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 211, n° 84 *bis* III.

cette seigneurie n'est pas un pouvoir absolu, elle était déjà limitée dans l'ancien droit par le principe des récompenses; le code l'a encore restreinte davantage en donnant une plus grande extension à ce principe. Ne serait-ce pas là le motif de la dérogation que le code apporte à l'ancien droit? Le législateur n'a pas voulu du pouvoir absolu dans le sein de la famille, pas plus que dans l'Etat. Il ne dit pas que le mari est seigneur et maître, il se garde bien de dire qu'il peut dissiper et perdre les biens communs; il organise la communauté pour le bien des époux et des enfants, il veut que les biens qui la composent soient employés dans l'intérêt de la famille; dès que l'un des époux se sert des biens communs dans un intérêt particulier, il se constitue débiteur envers la communauté des sommes qu'il y prend; la loi ne veut pas qu'il spécule aux dépens de la communauté, ce serait détourner les fonds de la destination qu'ils doivent recevoir. La doctrine du code est plus morale tout ensemble et plus juridique que celle de l'ancien droit.

480. Les auteurs dont nous suivons l'opinion ont donné au principe une forme qui fait tort à notre doctrine, parce que la formule n'est pas exacte. Ils disent que l'époux qui *prend* une somme sur la communauté l'*emprunte*, et ils en concluent qu'il doit rendre la somme qu'il a prise, sans qu'il puisse opposer à la communauté que le profit qu'il a retiré de l'emprunt est moindre que la somme empruntée(1). La formule est commode et répond à toutes les objections, mais elle n'est pas exacte; de sorte qu'au lieu de fortifier le principe des récompenses tel que nous l'entendons, elle l'affaiblit et le compromet. C'est ce que M. Colmet de Santerre a très-bien établi (2). La communauté n'est pas une personne civile qui prête ou qui emprunte; elle n'est autre chose que les deux époux associés, et, dans cette société, c'est le mari seul qui agit, lui seul la représente. En ce sens, on peut encore dire qu'il est seigneur et maître. Dire que le mari emprunte à la communauté, ce serait dire que

(1) Marcadé, t. V, p. 562, n° I, et les autorités qu'il cite.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 213, n° 84 *bis* IV.

le mari emprunte à lui-même; le prêt entre la communauté et le mari n'est donc pas possible. Conçoit-on que la commuuauté qui prête stipule l'intérêt des sommes qu'elle avance au mari? Ce serait le mari qui stipulerait l'intérêt contre lui-même; cela n'a pas de sens.

Il faut donc abandonner cette explication; mais de ce que l'explication est inexacte, il faut se garder de conclure que l'obligation de l'époux ne soit pas de rembourser la somme qu'il a prise dans la communauté. L'époux est débiteur de la récompense quand il prend une somme sur les biens communs, de même qu'il est créancier d'une récompense quand le prix de ses propres est versé dans la communauté. Qu'importe qu'il ne soit ni emprunteur ni prêteur? Il suffit qu'il soit débiteur, et il l'est en vertu des rapports qui existent entre les époux et la communauté; il en résulte que les époux, comme associés, ont des intérêts communs, un patrimoine commun, mais ils ont aussi, comme propriétaires, des intérêts particuliers et un patrimoine propre; il ne faut pas qu'ils puissent se servir des biens communs dans un intérêt qui n'est pas celui de la communauté; s'ils le font, il est juste qu'ils soient tenus à récompense, et cette récompense doit être de tout ce qu'ils prennent sur la communauté, sinon celle-ci serait en perte. Cela est surtout très-important pour la femme, qui reste en dehors de l'administration. Dans l'opinion que nous combattons, le mari peut spéculer à son aise aux dépens de la communauté; il fera des travaux, des constructions sur ses propres : la spéculation réussit-elle, il en a tous les bénéfices; la spéculation est-elle ruineuse, il se contentera de rapporter à la communauté le bénéfice qu'il a fait, c'est-à-dire qu'il ruinera la communauté, tout en augmentant son patrimoine propre. Est-ce pour cela que la communauté est établie?

II. *Application du principe.*

481. Il y a des cas dans lesquels le bénéfice de l'époux équivaut à la somme qu'il a prise dans la communauté; les deux principes contraires aboutissent alors au même

résultat. Tel est le cas de récompense prévu par l'article 1409; l'époux doit 10,000 francs comme prix ou partie du prix d'un immeuble qu'il a acheté avant son mariage; la communauté paye cette somme, elle a droit à une récompense. De quelle somme? Dans notre opinion, on répond : Des 20,000 francs que l'époux a pris dans la communauté. Dans l'opinion contraire, on dit que l'époux doit récompense jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il a tiré du payement; or, il profite de tout ce qui a été payé, puisqu'il aurait été obligé de payer le prix sur la poursuite du vendeur.

Il en est de même quand l'un des époux dote un enfant d'un précédent lit avec des valeurs prises dans la communauté; tout le monde admet que la récompense est de la totalité de la somme que l'époux prend sur les biens communs (1). La décision se justifie très-bien d'après notre principe : l'époux prend 20,000 francs, il en rend 20,000. Il n'en est pas de même dans l'opinion contraire; elle estime le chiffre de la récompense d'après la quotité du bénéfice. Où est le bénéfice que fait l'époux en dotant? C'est une pure libéralité; or, donner, c'est perdre, disent les jurisconsultes. Partant il ne devrait pas y avoir lieu à récompense.

482. Il y a des cas où le bénéfice peut être moindre que la somme prise dans la communauté. L'un des époux prend une somme sur les biens communs pour faire des travaux sur son fonds : de quoi doit-il récompense? Dans l'opinion traditionnelle, on distingue. Si les dépenses sont nécessaires, il est dû récompense de toute la somme prise dans la commuuauté, quoique le bénéfice proprement dit, c'est-à-dire la plus-value qui résulte des travaux, soit moindre que la dépense ou nul. C'est une conséquence de la nature des dépenses dites nécessaires; elles conservent la chose, qui périrait si l'on ne faisait pas les travaux de conservation; or, tout bon père de famille doit conserver la chose; en prenant une somme sur la communauté pour faire ces dépenses, l'époux épargne-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 212, n° 84 *bis* IV.

donc autant sur son patrimoine; en ce sens, il profite de toute la somme, et partant il en doit récompense. Il en serait ainsi quand même le bâtiment que les travaux ont conservé viendrait à périr; les dépenses n'en ont pas moins profité à l'époux propriétaire; le profit s'estime au moment où la dépense se fait, et la dépense reste un acte de gestion nécessaire, quoique la chose soit ensuite venue à périr (1).

Il n'en est pas de même des dépenses utiles qui se font pour améliorer l'héritage. Dans l'opinion traditionnelle, on enseigne que la récompense pour les travaux d'amélioration n'est due que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage se trouve en être plus précieux lors de la dissolution de la communauté; de sorte que si la dépense est de 20,000 francs et la plus-value de 15,000, la récompense ne sera que de 15,000 francs, et elle se réduira à la plus-value existante à la dissolution de la communauté (2). Pothier dit, pour justifier cette décision, que les dépenses utiles étant de celles qu'on peut se passer de faire, le conjoint sur l'héritage de qui elles ont été faites n'a pas épargné d'autant son propre patrimoine; s'il n'avait pas trouvé dans la communauté les deniers dont il s'est servi pour exécuter les travaux, il ne les aurait pas entrepris. Il n'en profite que dans la mesure de l'augmentation de valeur qu'ils procurent à son fonds, augmentation qui doit être estimée au moment où la communauté se dissout. La différence entre la plus-value et la dépense est une perte pour la communauté. Pourquoi la perte est-elle pour la communauté, quoiqu'elle n'ait fait autre chose que de fournir l'argent? La raison en est, dit Pothier, que le mari étant maître absolu des biens de la communauté, il peut employer les deniers communs à tout ce que bon lui semble, pourvu qu'il n'en avantage ni lui ni sa femme (3). Il a donc pu les employer aux travaux

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 635. Colmet de Santerre, t. VI, p. 212, n° 84 *bis* IV, et tous les auteurs.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 636. Aubry et Rau, t. V, p. 368, note 5, § 511 *bis* et les autorités qu'ils citent. Il faut ajouter Metz, 24 décembre 1869 (Dalloz, 1871, 2, 36). Liége, 25 février 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 67).

(3) Pothier, *De la communauté*, n° 636.

qu'il lui a plu de faire, sans en devoir compte, sinon jusqu'à concurrence de ce dont lui ou la femme sont avantagés.

On le voit : la doctrine traditionnelle n'a d'autre fondement que le pouvoir absolu du mari ; il fait ce qu'il lui plaît de faire, c'est la communauté qui paye. Est-ce là la doctrine que les auteurs du code ont consacrée? Est-ce un pareil régime dont ils ont entendu faire le droit commun de la France, comme étant le plus favorable à la prospérité de la famille? Non, certes. Ils ont donné, il est vrai, au mari le pouvoir absolu d'administrer et d'aliéner les biens communs, mais c'est en vue de l'intérêt de la famille. Dès que le mari agit dans un intérêt qui lui est particulier, la loi met fin à son pouvoir absolu en l'obligeant au rapport de tout ce qu'il prend dans la communauté. Cette restriction du pouvoir appartenant au mari est essentielle si l'on ne veut pas mettre la communauté à sa merci. Tel est le but de l'article 1437. Vainement dit-on que le mari peut dissiper et perdre les biens communs, et faire tout ce que bon lui semble, avec cette seule réserve qu'il ne s'avantage pas ; cette réserve était insuffisante. Il se trouvera peu de maris qui s'amusent à dissiper et à perdre les biens communs ; il s'en trouvera beaucoup qui spéculent sur la communauté et sur les biens que la femme y met ; ils s'en serviront pour améliorer leur patrimoine propre ; ils y feront des constructions à d'excellentes conditions ; le profit est pour eux, la perte pour la communauté, c'est-à-dire pour la femme. Il n'y a qu'un moyen de prévenir ces spéculations intéressées qui vicient le régime de communauté dans son essence, c'est de poser comme règle que le mari doit rapporter tout ce qu'il prend dans la communauté dans un intérêt qui lui est propre.

Chose remarquable! les auteurs modernes qui enseignent la doctrine traditionnelle n'ont pas reproduit les motifs que Pothier donne à l'appui de cette doctrine. Ils ne parlent plus du pouvoir absolu du mari, au moins quand il s'agit de dépenses utiles ; à les entendre, il s'agirait, non de l'intérêt du mari, mais de l'intérêt de la communauté. Des travaux se font sur un fonds du mari ou de la

femme; la communauté est intéressée à l'opération en vue de laquelle elle avance les deniers nécessaires. En effet, si l'on améliore un bien propre, c'est presque toujours dans un intérêt de communauté; il s'agit d'augmenter les revenus qui lui appartiennent. On en conclut que si l'opération constitue l'époux en perte, c'est la communauté qui doit la supporter (1). Cela est-il bien exact? Analysons l'opération que l'on prétend être faite presque toujours dans l'intérêt de la communauté. Le mari prend 20,000 francs sur les biens communs pour faire une construction; la communauté perd la jouissance de cette somme, voilà une perte de 1,000 francs par an. Qu'est-ce qu'elle gagne? Une augmentation de revenus; mais on suppose que la plus-value de l'immeuble n'est que de 18,000 francs, de sorte que ce qu'elle gagne en revenus ne compense pas ce qu'elle perd en intérêts. Certes, cette opération ne se fait pas dans l'intérêt de la communauté, elle se fait dans l'intérêt du mari. Il a, lui, un intérêt permanent aux travaux qu'il exécute : le fonds, amélioré par les travaux, augmentera de valeur par suite d'une loi économique, et c'est le propriétaire, dont le droit est perpétuel, qui profitera de cet accroissement de valeur; ainsi le bénéfice futur et assuré est pour le mari, la perte actuelle et sans compensation est pour la communauté. L'équité qui est le fondement des récompenses ne demande-t-elle pas que la perte soit pour le compte du mari qui a les chances du bénéfice?

La jurisprudence, qui s'était toujours prononcée pour la doctrine traditionnelle, semble entrer dans une voie nouvelle. Il y a un arrêt récent de la cour de Paris en faveur de notre opinion (2); le sentiment d'équité et de justice qui inspire le code l'emporte sur le pouvoir absolu du mari qui est la seule base du droit ancien.

483. Restent les travaux d'agrément, ou ce que l'on appelle les impenses voluptuaires. Pothier dit que s'il n'en résulte pas une plus-value pour le fonds, l'époux proprié-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 214, nº 84 *bis* V.
(2) Paris, 6 août 1872 (Dalloz, 1872, 5, 94, nº 17). Comparez les auteurs que nous avons déjà cités (Rodière et Pont, t. II, p. 245, note 1).

taire ne doit aucune récompense. L'héritage n'étant pas devenu plus précieux, le conjoint ne se trouve pas avantagé aux dépens de la communauté. Les auteurs modernes suivent cette opinion, ceux-là mêmes qui rejettent le principe traditionnel. C'est une inconséquence, à notre avis. Si l'on dit, avec Pothier, que le mari a le droit de dissiper et de perdre, il est très-logique d'admettre qu'il a le droit de faire des dépenses inutiles ; la perte est pour la communauté. Mais si l'on rejette le principe, il faut aussi en repousser les conséquences. Notre principe est que le mari doit récompense dès qu'il emploie les deniers communs dans l'intérêt de ses propres ; nous appliquons le principe alors même qu'il s'agirait d'un simple intérêt d'agrément ; c'est un intérêt qui n'est pas celui de la communauté, donc il donne lieu à récompense. Vainement dit-on que le mari aurait pu dissiper la somme qu'il emploie à des travaux d'agrément (1); nous avons répondu d'avance qu'il se trouve peu de maris qui dissipent leur communauté, tandis qu'il s'en trouverait qui embelliraient leurs propres s'ils pouvaient le faire aux dépens de la communauté, c'est-à-dire de la femme. D'autres disent que les deux époux et, par conséquent, la communauté, profitent d'une dépense voluptuaire, en ce sens qu'elle a pour but de rendre plus agréable une jouissance qui appartient à la communauté, par conséquent, aux époux. Singulier avantage que celui qui consiste à dépenser 10,000 francs, ce qui est une perte de 500 francs par an, pour jouir pendant quelques années d'une demeure plus agréable! Si cette demeure appartient à la communauté, il ne sera pas question de récompense; si elle appartient au mari, c'est lui qui en aura l'avantage permanent, c'est donc lui qui doit le payer.

484. Le principe des récompenses s'applique à la femme aussi bien qu'au mari; les textes ne distinguent pas, et la raison de décider est la même. Qu'importe à la communauté qui prend les deniers communs, que ce soit le mari

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 245, n° 961. Mourlon, t. III, p. 74, n° 170. Marcadé, qui avait d'abord admis le principe de la récompense (t. V, p. 565), s'est rallié à l'opinion générale dans sa dernière édition.

ou la femme? Elle perd les deniers : il lui est dû indemnité. Mais l'application du principe n'a pas les mêmes conséquences en ce qui concerne la femme. Le mari administre ses biens propres avec un plein pouvoir de propriétaire; s'il prend des fonds dans la communauté, il en doit récompense ; la femme doit aussi récompense, mais elle peut avoir un recours que le mari ne saurait avoir. En effet, en se mariant sous le régime de communauté, elle perd l'administration de ses biens; c'est le mari qui en est l'administrateur légal. C'est donc lui qui fera les travaux; et alors même que la femme interviendrait, et dans la rigueur du droit, elle doit intervenir (n° 129), c'est le mari, en tout cas, qui lui remet les deniers ou qui paye; s'il fait des travaux ou s'il les approuve en payant, il administre; et il administre mal en exécutant des travaux d'agrément ou même des travaux utiles qui ne procurent pas un avantage équivalent à la dépense. Il est responsable de sa mauvaise gestion. Il en résulte que la femme est tout ensemble débitrice et créancière de la communauté : débitrice de la récompense, créancière à raison de l'action en dommages-intérêts qu'elle a contre son mari. En définitive, elle ne sera tenue à raison des dépenses faites par son mari que jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle en a retiré, bénéfice qui représente ce que la gestion du mari a d'utile pour elle, et il n'y a que les actes de bonne gestion qui l'obligent,

485. Le principe des récompenses s'applique à tous les cas où l'un des époux prend sur la communauté une somme pour son profit personnel. Il est inutile de multiplier les exemples. Dans notre opinion, il n'y a aucune difficulté; l'époux rend toujours ce qu'il prend. Dans la doctrine traditionnelle, il faut examiner si l'utilité résultant de l'emploi équivaut au montant de la somme prise sur la communauté : question souvent très-délicate. Nous croyons inutile de nous y arrêter, parce qu'il ne s'agit guère que de théorie. En voici un exemple. L'époux prend sur la communauté une somme de 1,000 francs pour dégrever son propre d'une servitude qui, pour lui, est très-gênante : devra-t-il récompense de 1,000 francs? Oui,

dans notre opinion. Dans l'opinion contraire, il faut une expertise; les experts diront ce que le fonds vaut en plus par suite de l'affranchissement de la servitude; ce sera le plus souvent moins que ce que la libération a coûté; la communauté aura déboursé 1,000 francs et l'époux ne lui devra qu'une récompense de 800 francs (1).

486. Il y a une question de récompense qui se présente très-souvent en matière de droit fiscal; comme elle est de droit civil, nous en dirons un mot. Les époux acquièrent une rente viagère avec des deniers ou des biens de la communauté, en la stipulant réversible sur la tête du dernier mourant. Celui-ci doit-il récompense? Dans notre opinion, la rente n'appartient pas en propre au survivant, il en doit partager les arrérages avec les héritiers du conjoint prédécédé; c'est un conquêt (t. XX, n° 495). Les époux ont cherché à éluder cette difficulté. Voici les termes de la clause qui a donné lieu à un arrêt récent de la cour de cassation. Des époux vendent un conquêt moyennant une rente viagère; l'acte porte : « Cette rente s'accroîtra au profit du survivant des époux qui aura seul droit, à titre de clause aléatoire, à la totalité de ladite rente. Les héritiers du premier mourant n'auront aucune prétention à faire valoir sur cette rente. » Dans l'opinion que nous avons enseignée, cette clause est nulle, parce qu'elle modifie les effets légaux du régime de communauté; elle convertit un conquêt en propre. La question n'a pas été débattue devant la cour de cassation; on a seulement discuté le point de savoir si le survivant devait une récompense à la communauté. Deux arrêts de cassation, rendus dans des termes identiques, ont décidé la question affirmativement. Les motifs donnés par la cour sont d'une telle évidence, que l'on a de la peine à comprendre que l'opinion contraire ait été soutenue par Troplong. Si la clause est valable, il en résulte que le survivant tire un avantage particulier des biens de la communauté; donc il en doit récompense, aux termes de l'article 1437. On objecte que la clause est une convention aléatoire dont

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 215, n° 84 *bis* VII. Comparez Duranton, t. XIV, p. 510, n° 372.

chaque époux subit les chances. Qu'importe? dit la cour de cassation. Tout ce qui résulte du caractère aléatoire de la convention, c'est qu'il ne procure pas au survivant un profit qui lui est personnel; il est incertain lequel des deux époux jouira de l'avantage aléatoire, mais il est certain que l'un d'eux en jouira; et dès qu'il en jouit, il est dans les termes de l'article 1437 et, par conséquent, il doit récompense de l'avantage ou du profit personnel, comme dit la loi, qu'il tire des biens communs (1).

De quoi le survivant doit-il récompense? Il faut appliquer les principes qui régissent les droits viagers. Ces droits diminuent incessamment de valeur; au moment où s'ouvre le droit du survivant, la rente ne vaut plus ce qu'elle valait au moment où elle a été constituée; la somme prise dans la communauté a profité à la communauté pendant le temps qu'elle a duré, elle ne profite à l'époux qu'à partir de sa dissolution; il ne doit donc récompense que de la partie de la somme qui représente la valeur de la rente viagère lors de la dissolution de la communauté.

ARTICLE 2. Comment s'exercent les récompenses.

487. Les récompenses dues par la communauté s'exercent par voie de prélèvement (art. 1433), c'est-à-dire qu'avant le partage chaque époux prélève sur la masse des biens le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et les autres indemnités que la communauté lui doit (art. 1470).

Les récompenses dues par les époux se font par voie de rapport, c'est-à-dire que les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants ce dont ils sont débiteurs envers la communauté, à titre de récompense ou d'indemnité (art. 1468).

Les rapports ont pour objet de compléter la masse partageable, en y faisant entrer les créances que la communauté a contre les époux. Les prélèvements se font sur la

(1) Cassation, 20 mai et 30 décembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 72 et 363). Telle est aussi la doctrine, sauf le dissentiment de Troplong (Aubry et Rau, t. V, p. 369, note 8, § 511 *bis*).

masse, parce qu'il en faut déduire ce que la communauté doit aux époux : il n'y a de biens communs que ce qui reste après que ces prélèvements sont opérés, puisque les prélèvements comprennent les biens des époux qui ont été versés dans la communauté.

Si l'un des époux est tout ensemble débiteur de récompense et créancier de récompense, il ne sera débiteur ou créancier définitif que lorsque l'on aura liquidé ses dettes et ses créances. La différence entre les rapports qu'il doit et les récompenses qui lui sont dues le constituera débiteur ou créancier.

Ces calculs ne peuvent se faire qu'après la dissolution de la communauté, mais la liquidation rétroagit naturellement au jour de la dissolution ; elle ne crée pas de droits, elle liquide des droits préexistants. C'est donc lors de la dissolution de la communauté que chaque époux se trouvera créancier ou débiteur.

488. L'application de ces principes a donné lieu à une difficulté sur laquelle une cour d'appel s'est trompée. Une femme commune en biens décède, laissant un testament par lequel elle institue un légataire de tous ses immeubles et lègue tous ses meubles à son mari. Quelques mois après, le mari meurt, instituant pour légataires universelles ses deux sœurs. La femme avait des rapports à faire et des récompenses à exercer. Du chef des rapports, elle était débitrice. Qui devait supporter cette dette? La cour de Rouen mit les dettes à charge des légataires à titre universel, donc pour partie à charge du légataire des immeubles. Avant de régler le payement des récompenses passives, il eût fallu liquider les récompenses actives, afin de voir si la femme était réellement débitrice ; or, il résultait du chiffre des rapports comparé à celui des récompenses que, loin d'être débitrice, la femme était créancière ; la cour avait donc imposé au légataire des immeubles une dette qui n'existait point. La cour de cassation rétablit les vrais principes, principes tout à fait élémentaires. Lorsqu'une communauté ayant existé entre deux époux se trouve à partager en même temps que la succession de l'un des époux, on doit d'abord établir la masse active et

la masse passive de la communauté telles qu'elles étaient composées au moment de sa dissolution, afin d'attribuer, s'il y a lieu, à la succession la part qui lui revient dans la communauté. Parmi les éléments de la masse active ou passive figurent les sommes dont les époux sont ou créanciers à titre de récompense ou débiteurs à titre de rapport. Il faut donc une liquidation préalable qui établisse cette qualité de créancier ou de débiteur; elle ne peut résulter que de la balance faite entre le total des reprises et le total des récompenses. Si la balance démontre que, lors de la dissolution de la communauté, le montant des reprises excédait le montant des rapports dus par la femme, il s'ensuit qu'elle n'était pas débitrice envers la communauté. Partant il n'y avait pas lieu de faire contribuer les divers légataires à une dette qui n'existait point. Dans ce cas, le reliquat du compte de la communauté aura pour effet d'établir la somme qui devra entrer dans l'actif de la succession à partager entre les légataires suivant leurs droits (1).

§ Ier. *Rapport des indemnités dues à la communauté.*

No 1. CARACTÈRES DE CES INDEMNITÉS.

489. L'article 1437 dit que l'époux qui a tiré un profit personnel des biens de la communauté en *doit* la récompense. Il est donc *débiteur* de la somme qu'il a prise sur les biens communs, et, comme tel, il est tenu personnellement. Peu importe qu'il le soit comme emprunteur, ou à tout autre titre : la loi dit qu'il *doit*, et celui qui *doit* est obligé d'acquitter sa dette. Ce n'est donc pas en sa qualité d'époux commun en biens que le débiteur de la récompense est tenu de la payer, c'est comme débiteur personnel. La femme perd la qualité de femme commune quand elle renonce; elle reste néanmoins tenue des indemnités qu'elle doit à la communauté, de même qu'elle a le droit de réclamer les indemnités qui peuvent lui être dues par la

(1) Cassation, 15 mai 1872 (Dalloz, 1872, 1, 197).

communauté (1). Ce caractère des récompenses vient à l'appui de ce que nous avons dit du montant des indemnités que les époux ont à rapporter ; il ne s'agit pas d'un intérêt commun, comme on le prétend, puisque tout intérêt commun cesse quand la femme renonce; ce qui ne l'empêche pas d'être créancière et débitrice des récompenses (nos 478 et 479).

490. Aux termes de l'article 1468, le rapport des récompenses se fait à la masse des biens existants lors de la dissolution de la communauté. Ce n'est donc qu'à ce moment que se règlent les indemnités. Quoique l'époux soit débiteur au moment où il prend une somme sur la communauté dans un intérêt qui lui est personnel, il ne paye pas immédiatement cette dette; il se peut qu'il ait aussi droit à une indemnité contre la communauté, on ne sait donc pas le montant de sa dette; il y a plus, la balance peut être en sa faveur, de sorte qu'au lieu d'être débiteur, il sera créancier. Il suit de là que le règlement des récompenses respectives ne peut se faire qu'à la dissolution de la communauté.

Ce règlement donne lieu à une difficulté. Quand l'époux prend une somme sur les biens communs, il prive la communauté de la jouissance de cette somme : l'époux doit-il indemniser la communauté de cette perte, en payant les intérêts? Cela devrait être si la communauté était une personne civile; les rapports entre elle et les époux seraient alors ceux qui naissent d'un prêt et, par suite, il y aurait lieu, d'après le droit commun, au payement du capital et des intérêts. Mais la communauté n'a pas d'existence indépendante des époux, ce sont les époux associés qui constituent la communauté. De là suit que les rapports des époux avec la communauté ont un caractère particulier : l'époux qui prend 1,000 francs dans la communauté est débiteur personnel de cette somme, et il est aussi créancier en sa qualité d'époux commun; s'il payait les intérêts des indemnités, il les payerait à lui-même, au moins pour sa part dans la communauté. D'un autre côté, la commu-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 369 3°, § 511 *bis* (4e éd.).

nauté profite des opérations pour lesquelles l'époux prend une somme sur les biens communs (1). Si donc on voulait régler les droits respectifs des époux associés et des époux débiteurs ou créanciers, il faudrait tenir compte du résultat des opérations, résultat qui ne se produit souvent qu'à la longue. Le règlement des indemnités pendant le cours de la communauté et l'obligation de payer les intérêts auraient suscité des difficultés incessantes entre les époux. Mieux valait ajourner ce règlement à la dissolution de la communauté et dispenser les époux débiteurs de payer les intérêts pendant la durée de la communauté. Sous ce rapport, les relations entre les époux et la communauté ne sont pas celles qui existent entre créanciers et débiteurs ordinaires; l'un peut y perdre, l'autre y gagnera; la loi ne tient aucun compte de ces gains et de ces pertes tant que la communauté dure. Les liens d'affection qui existent entre les époux expliquent le caractère spécial qu'ont les récompenses dont ils sont débiteurs ou créanciers.

Mais, à la dissolution de la communauté, les époux rentrent dans le droit commun. L'article 1473 porte : « Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. » On conçoit que les intérêts soient dus, puisque les rapports deviennent ceux de créanciers et de débiteurs ordinaires; mais pourquoi courent-ils de plein droit? En cela l'article 1473 déroge au droit commun; les intérêts sont dus ou en vertu d'une stipulation, ou par suite d'une demande judiciaire; ce n'est que par exception qu'ils courent de plein droit. Quelle est la raison de cette exception en ce qui concerne les récompenses? Quand l'époux doit une indemnité, c'est pour avoir pris une somme sur la communauté, donc pour s'être approprié une valeur qui, après la dissolution, doit faire partie de la masse partageable; or, il est de principe que les intérêts profitent à la masse; si l'époux jouissait, après la dissolution de la communauté, d'un bien commun, il

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 589.

devrait compte de sa jouissance en rapportant les fruits à la masse; par la même raison, il doit les intérêts des indemnités, car ces indemnités comprennent aussi des biens communs (1).

N° 2. COMMENT SE FAIT LE RAPPORT.

491. L'article 1468 dit que les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité. Il résulte des termes de la loi que le rapport se fait, en principe, par la remise de la somme dans la masse commune : c'est le rapport en nature. Toutefois le payement peut se faire par compensation; c'est le droit commun pour toute dette quand elle réunit les caractères déterminés par la loi pour que la compensation puisse s'opérer. La liquidation des récompenses dues aux époux se fait en même temps que celle des récompenses que les époux doivent à la communauté; on ne peut donc pas dire d'une manière absolue que l'époux est débiteur des sommes qu'il a prises dans la communauté, alors qu'il peut être créancier de sommes égales ou plus fortes que la communauté lui doit. Débiteur de 10,000 francs qu'il a pris sur la communauté, s'il est créancier de 15,000 francs formant le prix d'un propre versé dans la communauté, il sera réellement créancier de 5,000 francs, et au lieu de rapporter sa dette de 10,000 francs, il pourra réclamer une créance de 5,000 francs. La compensation peut aussi diminuer sa dette; il ne doit le rapport de ce dont il est débiteur que déduction faite de ce dont il est créancier. On a contesté le principe de la compensation en matière de récompense, mais à tort. La compensation éteint les dettes aussi bien que le payement. Peu importe donc que l'article 1468 ne parle que du payement, cela n'exclut

(1) Les auteurs ne s'accordent pas sur les motifs de l'article 1469. Voyez Aubry et Rau, t. V, p. 359, note 14, § 511; Rodière et Pont, t. II, p. 246, n° 962; Troplong, t. II, p. 51, n°s 1658 et 1659. Colmet de Santerre, t. VI, p. 298, n° 133 *bis*.

point la compensation. La cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

492. Le rapport ne doit pas nécessairement se faire en nature, il se fait d'ordinaire fictivement. Pothier le dit; c'est donc une pratique traditionnelle (2). Cela peut se faire de deux manières.

D'abord en ajoutant à la masse des biens la créance que la communauté a contre l'époux débiteur, et en la lui précomptant ensuite sur sa part. Les biens existants valent 90,000 francs, le mari doit une indemnité de 10,000 francs; l'actif est donc de 100,000 francs. Lors du partage, la femme prendra 50,000 francs, et on précomptera au mari la dette de 10,000 francs dont il est tenu envers la communauté; il ne recevra donc que 40,000 francs. Ce procédé est plus simple que si le mari était obligé de mettre 10,000 francs dans la communauté pour les reprendre ensuite lors du partage; il retient les 10,000 francs, au lieu de les payer et de les recevoir ensuite dans sa part. C'est le rapport en moins prenant.

Le rapport fictif peut encore se faire par voie de prélèvement au profit de l'époux qui n'est pas débiteur; au lieu d'ajouter à la masse des biens existants les 10,000 francs qu'il doit, le mari laisse la femme prélever avant partage une somme pareille, puis on partage les 80,000 francs restants; ce qui donnera au mari 40,000 francs et à la femme 50,000. Le résultat est identique.

Il y a encore une troisième manière de faire le rapport fictivement, elle est connue dans la pratique sous le nom de *mi-denier*. Elle consiste à partager la communauté comme s'il ne lui était rien dû par l'un des époux, sauf ensuite à l'époux débiteur à payer à son conjoint la moitié de sa propre dette, l'autre moitié s'éteignant en sa personne par voie de confusion. Sur la masse de 90,000 francs chacun des conjoints prend la moitié, 45,000 francs; le mari paye à la femme la moitié de ce qu'il doit à la communauté, c'est-à-dire 5,000 francs; l'autre moitié de la

(1) Rejet, 17 décembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 240). Comparez Pothier, *De la communauté*, n° 705.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 705.

dette s'éteint par confusion, puisque le mari devrait se la payer à lui-même (1).

Les notaires ont le choix entre ces divers procédés, d'après les convenances des parties. On pourrait objecter contre le troisième qu'il n'est pas conforme à la lettre de la loi : elle suppose un rapport fait à la masse avant le partage, tandis que le *mi-denier* ne se pratique qu'après le partage. Mais si les parties s'accordent, cela importe peu, l'ordre public n'est pas en cause et les parties règlent leurs intérêts privés comme elles l'entendent.

493. Le rapport peut-il toujours se faire fictivement? Non, il faut que le rapport fictif produise le même resultat que le rapport en nature. C'est ce qui a lieu dans l'exemple que nous avons emprunté à Pothier et dans les cas analogues, c'est-à-dire lorsque la part revenant à l'époux débiteur dans la communauté est supérieure ou au moins égale à la somme qu'il doit rapporter. Si sa part de communauté est inférieure à la récompense dont il est tenu, il doit en faire le rapport en nature, sinon le rapport ne serait pas réel. Les biens existants à la dissolution de la communauté s'élèvent à 10,000 francs, le mari en doit 20,000; l'actif est donc de 30,000, dont la femme doit avoir la moitié, ou 15,000. Est-ce que le rapport fictif lui donnerait cette somme? Non, car le rapport fictif ne met rien dans la masse; la femme n'y trouverait donc que 10,000 francs, c'est-à-dire 5,000 francs de moins que ce qu'elle doit recevoir. Le mari devrait, dans l'espèce, mettre 5,000 francs en espèces dans la masse; il payerait ainsi sa dette de 20,000 francs, 15,000 en moins prenant et 5,000 en nature (2).

494. Il y a un cas dans lequel le rapport doit toujours se faire en nature, c'est quand la femme ou ses héritiers l'exigent. Aux termes de l'article 1471, la femme a le droit d'exercer ses prélèvements ou ses reprises sur les biens de la communauté, argent comptant, mobilier et immeubles; c'est seulement en cas d'insuffisance des biens de la

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 339, n° 1069.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 285, n° 127 *bis* III.

communauté qu'elle exerce ses reprises sur les biens personnels du mari. Or, les récompenses dont le mari est débiteur sont des valeurs prises sur la communauté; la femme a donc le droit d'exiger que le rapport réel en soit fait pour qu'elle puisse y exercer ses reprises (1).

495. Chacun des époux peut être débiteur de récompenses. On demande si ces rapports peuvent se faire par voie de compensation. Il est certain qu'il n'est pas question de la compensation légale. Pour qu'il y ait lieu à compensation, il faut que deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre; or, les époux qui doivent des récompenses ne sont pas débiteurs l'un envers l'autre, ils sont débiteurs de la masse. Vainement dira-t-on que la masse, c'est la communauté et que la communauté, ce sont les époux; il n'en résulte pas que les époux débiteurs de la masse le soient l'un envers l'autre; le texte même du code le dit; il distingue les récompenses que les époux doivent à la communauté et les dettes dont l'un est tenu envers l'autre : les premières sont soumises à des principes spéciaux qui ne régissent pas les secondes (art. 1478). C'est que la communauté, quoiqu'elle ne forme pas une personne civile, se distingue néanmoins des époux, ce sont les époux associés; on ne peut donc pas dire que la masse se confond avec les époux et, par suite, la compensation légale est impossible (2).

496. Toutefois on ne doit pas en conclure que, dans ce cas, le rapport doive se faire nécessairement en nature. Pothier dit que lorsque le mari et la femme sont chacun débiteurs envers la communauté, l'un de 6,000 francs et l'autre de 4,000, ils peuvent s'en faire raison de deux manières. La première consiste à ajouter à la masse des biens existants les créances que la communauté a contre eux, et à précompter ensuite à chacun d'eux sur sa part la créance que la communauté a contre lui. La seconde est de faire jusqu'à due concurrence *compensation* des sommes dont chaque époux est débiteur, et de faire ensuite

(1) Cassation, 16 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 276).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 285, n° 127 *bis* IV.

prélever sur la masse, par celui qui devait le moins, une somme pareille à celle dont l'époux qui devait le plus s'est trouvé débiteur, ladite *compensation* faite. Si la femme était débitrice de 4,000 livres et le mari de 6,000, la *compensation* se ferait jusqu'à concurrence de 4,000 livres, de sorte que le mari ne devrait qu'un rapport de 2,000 fr. (1). Ce que Pothier dit n'est pas en opposition avec ce que nous venons d'enseigner (n° 495); la *compensation* dont il parle n'est pas la compensation légale du code civil, c'est la compensation dans le langage vulgaire, c'est-à-dire un rapport fictif qui se fait en moins prenant et qui a généralement le même effet que le rapport réel. Si le mari et la femme sont chacun débiteur de 1,000 francs et s'ils font le rapport en nature, la masse comprendra 2,000 francs de plus et, par suite, chacun aura 1,000 francs de plus pour sa part; mais à quoi bon donner 1,000 francs d'une main pour les reprendre de l'autre? Il est plus simple de les garder, c'est-à-dire de payer en moins prenant.

497. Les époux ne peuvent pas toujours procéder comme le dit Pothier. Ils ne le peuvent pas quand ce mode de procéder nuirait à la femme ou au mari. Les époux doivent chacun 10,000 francs, la femme a des reprises à exercer pour 40,000 francs, et il n'y a que 20,000 francs de biens existants. Si la dette du mari se compense avec celle de la femme, la masse ne sera que de 20,000. Il en résultera d'abord que la femme ne peut pas se remplir de ses reprises sur les biens de la communauté, comme elle en a le droit; elle peut donc exiger que le rapport des dettes se fasse en nature (n° 495). D'un autre côté, le mari est intéressé à ce que le rapport se fasse en nature; car si la femme ne trouve que 20,000 fr. dans la communauté, ayant droit à une reprise de 40,000, elle aura le droit de poursuivre le mari sur ses biens personnels pour les 20,000 francs qui lui manquent, en déduisant cependant les 10,000 qu'elle doit de son côté. En définitive, chacun des époux a droit et intérêt à ce que le

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 706. Rodière et Pont, t. II, p. 339, n° 1070.

rapport se fasse en nature, sauf à déduire ce qu'il doit de ce qui lui est dû à titre de récompense.

Les tiers créanciers peuvent aussi être intéressés à ce que le rapport se fasse en nature. Si la communauté est de 20,000 francs et que chaque époux soit débiteur de 10,000, la masse partageable sera de 40,000 francs, dont moitié revient à la femme; celle-ci pourra donc être poursuivie jusqu'à concurrence de 20,000 francs, sa part de communauté; tandis que si les deux dettes se compensaient, la masse ne serait que de 20,000 francs, la femme ne pourrait être poursuivie que pour les 10,000 qu'elle prend dans le partage; les créanciers auraient, à la vérité, action contre le mari, mais celui-ci peut être insolvable; les créanciers sont donc intéressés à ce que le rapport se fasse en nature, et ils en ont le droit, car le rapport en nature est la règle, en vertu de l'article 1468. S'il se fait fictivement, c'est pour la commodité des parties, mais le droit l'emporte sur ces arrangements (1).

§ II. *Des récompenses dues aux époux.*

Nº 1. DES REPRISES.

498. Les récompenses que les époux ont contre la communauté s'exercent par voie de prélèvement sur la masse partageable (art. 1433 et 1470). La loi appelle aussi ces prélèvements des *reprises* (art. 1471); c'est l'expression de la coutume de Paris, elle est très-caractéristique. L'époux *reprend* son bien, car ce qui est entré dans la communauté du chef de ses propres appartenait à l'époux; lors de la dissolution de la communauté, il *reprend* ce qui est à lui. Voilà pourquoi il le prélève sur la masse; ce sont des biens propres qui n'appartiennent pas à la masse, il faut donc qu'ils en soient retirés. Les prélèvements, comme le mot l'indique, se font nécessairement avant le partage, puisqu'ils ont pour objet de constituer la masse

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 285, nº 127 *bis* IV. Rodière et Pont, t. II, p. 340, nº 1071. Amiens, 10 avril 1861 (Dalloz, 1861, 2, 102).

partageable, en reprenant ce qui ne lui appartient pas. Si l'époux qui a une reprise à faire consent au partage avant d'avoir exercé ses prélèvements, il ne pourra plus réclamer les droits que la loi lui accorde pour l'exercice de ses reprises; l'article 1471 devient inapplicable. Vainement dirait-il que l'on a partagé ce qui n'appartenait point à la communauté; on lui répondrait qu'il était créancier et qu'il a renoncé aux garanties que la loi lui donne pour l'exercice de sa créance; il reste créancier, mais il ne pourra plus exercer les droits particuliers que la loi attache aux récompenses; il sera un créancier ordinaire. La disposition de l'article 1471 n'est pas d'ordre public; il est donc permis aux parties intéressées d'y renoncer (1).

499. L'article 1470 détermine ce que chaque époux prélève : « Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève :

« 1° Ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi;

« 2° Le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a pas été fait remploi;

« 3° Les indemnités qui lui sont dues par la communauté. »

Ce texte donne lieu à quelques remarques critiques. Le n° 2 est inutile, puisqu'il est compris dans le n° 3, dont il n'est que l'application la plus usuelle. En effet, quelle est l'*indemnité* que la communauté doit d'ordinaire aux époux? L'article 1433 répond : « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux et que le prix en ait été versé dans la communauté, il y a lieu au prélèvement de ce prix au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. » L'article 1470, n° 3, se rapporte à l'article 1433 et comprend, par conséquent et avant tout, l'indemnité due par la communauté pour le prix des propres aliénés, cas prévu par le n° 2 de l'article 1471. Le double emploi est évident.

(1) Rejet, 3 mai 1867 (de la cour de cassation de Belgique) (*Pasicrisie*, 1867, 1, 320).

500. Ceci n'est qu'une négligence de rédaction, qui n'a aucune conséquence pratique. Il y en a une autre qui prête à l'erreur. Le n° 1 de l'article 1470 dit que l'époux *prélève* ses biens personnels *qui ne sont pas entrés en communauté* et qu'il les prélève sur la *masse*. Cela est contradictoire et impossible. Si les biens personnels n'entrent pas en communauté, ils ne font pas partie de la *masse*; dès lors il est impossible de les *prélever* sur la masse. Il n'y a donc pas lieu à *prélèvement*, on ne peut pas même dire que les biens personnels des époux soient l'objet d'une *reprise* : on *reprend* ce qui a été dans la communauté; or, les propres n'y ont jamais été, il est donc impossible de les *reprendre*. Les propres restent, à la dissolution de la communauté, ce qu'ils ont toujours été; ils sont dans le domaine de l'époux, il n'a rien à reprendre, car il n'a jamais cessé d'être propriétaire. Seulement, tant que la communauté a duré, elle avait la jouissance des propres; cette jouissance cesse de plein droit quand la communauté se dissout, sans que l'époux ait un acte de *reprise* à faire. Cela est évident pour le mari, et ce qui est vrai du mari, l'est aussi de la femme : elle reprend l'administration et la jouissance de ses propres, mais cela se fait sans qu'il soit besoin d'aucune liquidation. Tout ce que l'on peut dire pour expliquer l'article 1470, c'est que, pendant la durée de la communauté, les biens personnels des époux et les biens communs étaient confondus de fait, et que cette confusion cesse par une reprise de fait. Au point de vue juridique, il n'y a jamais eu de confusion et il ne se fait point de reprise.

Nous disons que, sur ce point, la mauvaise rédaction de la loi pourrait induire en erreur en mettant sur la même ligne la reprise des propres et la reprise des indemnités. La femme exerce la reprise des indemnités à titre de créancière; elle n'a, de ce chef, aucune préférence à l'égard des autres créanciers, sauf son hypothèque légale; si les biens ne suffisent pas pour payer tous les créanciers, la femme est payée au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires. Applique-t-on ce principe à la reprise des biens personnels de la femme? D'après le texte

de l'article 1470, il faudrait répondre affirmativement, puisque la loi assimile le prélèvement des propres au prélèvement des indemnités. Ce serait une grave erreur : quand la femme prélève ses propres, elle agit comme propriétaire, car elle n'a jamais cessé de l'être; or, le propriétaire n'est pas en conflit avec les créanciers; il ne réclame rien, il garde ce qu'il a toujours eu, il ne peut donc pas s'agir d'une contribution entre lui et les autres créanciers (1).

Troplong s'est laissé tromper par la rédaction de l'article 1470; peut-être serait-il plus exact de dire qu'il s'est emparé de la mauvaise rédaction de la loi, pour s'en prévaloir, dans la question si longtemps controversée de savoir si l'époux exerce ses reprises à titre de propriétaire ou à titre de créancier. L'époux reprend certainement ses propres à titre de propriétaire, mais il faut pour cela, dit l'article 1471, que les propres existent en nature : tels sont les immeubles propres des époux. Il en est de même, dit Troplong, des deniers propres; or, sont deniers propres les sommes qui constituent le prix d'un immeuble; l'époux vendeur les reprend à titre de propriétaire, ce qui lui donne une préférence sur les autres créanciers. Troplong dit que cela est évident, et cependant il a contre lui le texte et les principes. L'article 1470 ne parle que du prélèvement des biens qui existent en nature; or, les biens aliénés n'existent plus en nature; quant aux deniers provenant de la vente, ils sont devenus la propriété de la communauté à titre de quasi-usufruit; si donc l'époux les reprend, il les reprend comme créancier. Cependant Troplong pousse l'erreur jusqu'à dire que les deniers propres ne sont entrés dans la communauté qu'à titre de *dépôt*. Est-ce qu'un dépositaire devient propriétaire? est-ce qu'un dépositaire a le droit de consommer la chose?

501. Le code traite des prélèvements dans la section intitulée : *Du partage de la communauté après l'acceptation*; c'est une opération préliminaire du partage. Il suit de là que les récompenses dues aux époux ne peuvent

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 287, nos 128 *bis* II et III.

s'exercer qu'après la dissolution de la communauté; la reprise est impossible tant que la communauté dure. Quant aux propres, l'époux n'en reprend que la jouissance; or, la jouissance appartient à la communauté. Quant aux indemnités, elles comprennent les deniers propres que la communauté a perçus et qu'elle doit restituer; or, elle en est devenue propriétaire comme quasi-usufruitière, et elle ne doit en faire la restitution que lorsque sa jouissance cesse.

La femme peut-elle, pendant la durée de la communauté, prendre des mesures conservatoires pour garantir le payement des indemnités qui lui sont dues par la communauté? Quand les reprises de la femme sont en péril, elle peut demander la séparation de biens, et dans le cours de l'instance la loi lui permet de prendre des mesures conservatoires. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la séparation de biens. La loi autorise encore la femme à prendre des mesures conservatoires lorsqu'elle demande le divorce ou la séparation de corps (art. 270). Dans tous ces cas, la dissolution de la communauté est probable et imminente, les droits de la femme vont s'ouvrir; il est juste qu'elle les mette à l'abri des entreprises du mari contre lequel elle plaide. Mais, dans le cours ordinaire des choses, la femme peut-elle, tant que la communauté existe, prendre des mesures de conservation? La question se présente en matière d'hypothèques; nous l'ajournons.

502. L'époux qui réclame une reprise doit prouver que la reprise lui est due. C'est le droit commun. Il s'applique même à la reprise des propres; cela résulte de l'article 1404, qui établit une présomption de propriété au profit de la communauté, en ce sens que tout immeuble est réputé acquêt s'il n'est *prouvé* que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale avant le mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. Nous avons expliqué cette disposition en traitant de l'actif de la communauté. Quant aux indemnités que l'époux réclame, il doit prouver que les deniers à lui propres ont été versés dans la communauté : ce sont les termes de l'article 1433; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut,

notamment sur la question de savoir s'il y a une différence, en ce qui concerne la preuve, entre le mari et la femme (n° 457).

503. Les récompenses dues par la communauté aux époux emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. Tant que la communauté dure, l'époux ne peut réclamer les intérêts de ce qui lui est dû (art. 1473). Les auteurs ne s'accordent pas sur les motifs pour lesquels les intérêts ne sont pas dus pendant la communauté et sur les motifs pour lesquels ils courent de plein droit après sa dissolution. Il faut appliquer, par analogie, aux récompenses que la communauté doit aux époux ce que nous avons dit des récompenses que les époux doivent à la communauté. Pendant le mariage, la communauté n'est pas débitrice, elle est propriétaire en vertu de son quasi-usufruit, et tenue seulement de restituer à partir de la dissolution; elle ne peut pas être tenue à payer les intérêts d'une dette qui n'existe pas. Pourquoi les doit-elle du moment où la dette existe? C'est que les indemnités font partie du patrimoine des époux, ce sont des biens propres consistant en deniers propres versés dans la communauté; or, les intérêts, de même que les fruits, appartiennent au propriétaire; ils doivent donc profiter à l'époux, par la même raison pour laquelle la communauté a droit aux intérêts et aux fruits des indemnités que les époux lui doivent : ce sont des biens pris dans la masse commune, d'une part, ou dans le patrimoine propre aux époux, d'autre part; or, les intérêts et les fruits accroissent la masse à laquelle les biens appartiennent (1).

N° 2. COMMENT S'EXERCENT LES PRÉLÈVEMENTS.

504. Nous supposons que la femme accepte; dans ce cas, les prélèvements sont une opération préliminaire du partage. C'est dire que les reprises se font par voie de prélèvement sur la masse. L'article 1471 règle la manière de faire les prélèvements. Il faut distinguer. Les biens

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 298, n° 133 *bis*.

qui existent en nature se reprennent en nature. Cela allait sans dire et, dans la réalité des choses, il ne s'agit pas d'une véritable reprise : l'époux était propriétaire pendant la communauté, il reste propriétaire après la dissolution; il ne peut pas s'agir d'exercer cette reprise sur l'argent comptant, sur le mobilier et sur les acquêts. Cela n'aurait pas de sens. La distinction que fait l'article 1471 est une suite de la rédaction incorrecte de l'article 1470; puisque le code considère la reprise des propres comme un prélèvement, il devait aussi dire que cette reprise ne se faisait pas comme se fait la reprise des indemnités. En définitive, il n'y a pas de distinction à faire; il faut laisser de côté les propres qui ne se reprennent pas et dire que les prélèvements se font d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté.

Quelle est la raison de l'ordre successif que la loi établit? Pourquoi, s'il y a de l'argent, l'époux ne peut-il pas prendre des meubles? et pourquoi ne peut-il prendre des immeubles que subsidiairement? L'époux qui a droit à une récompense est créancier : il *prélève* le prix, dit l'article 1433; or, tout créancier n'a droit qu'à une somme d'argent, il est donc naturel que l'époux prélève sur l'argent comptant ce qui lui est dû. Mais le numéraire qui se trouve dans la communauté peut être insuffisant pour remplir les époux de leurs reprises. La loi leur permet, dans ce cas, de se payer sur les biens meubles et immeubles qui composent la masse. Ici la loi s'écarte du droit commun; l'époux est créancier d'une somme d'argent, et la loi dit qu'il est payé en effets mobiliers ou immobiliers. Cela s'explique par la qualité de copropriétaire que l'époux a outre celle de créancier. Nous raisonnons en nous plaçant au point de vue de l'opinion commune, qui met les deux époux sur la même ligne et applique l'article 1471 au mari aussi bien qu'à la femme; plus loin, nous ferons nos réserves. L'époux est donc payé en meubles ou en immeubles. Pourquoi ne peut-il réclamer des immeubles qu'à défaut de mobilier? C'est que la loi a dû concilier son droit avec celui de son conjoint. Les immeubles sont considé-

rés comme les biens les plus précieux; s'il y en a dans la communauté, il est juste que chacun des époux en ait sa part; c'est leur droit de copropriétaire, et, sous ce rapport, le droit de l'époux copropriétaire l'emporte sur le droit de l'époux créancier. Toutefois le droit de l'époux créancier reprend sa préférence quand le mobilier est insuffisant; il se paye alors en immeubles, quand même sa créance absorberait tous les immeubles de la communauté. Cela est fondé en équité. Quelle est la cause habituelle des récompenses réclamées par les époux, et notamment par la femme? L'article 1433 le dit: c'est la vente de ses propres. Et si elle consent à vendre les immeubles qu'elle tient de sa famille, c'est pour venir en aide à la communauté dans la personne de son chef. Se dépouillant de ses immeubles dans l'intérêt de la communauté, il est juste que son indemnité consiste aussi en immeubles.

505. Quand la femme exerce ses reprises sur les immeubles de la communauté, la loi lui défère le choix des immeubles, ainsi qu'à ses héritiers (art. 1471). Quelle est la raison de cette disposition? Les auteurs ne s'accordent pas, et le dissentiment sur les motifs conduit à des controverses dans l'application de la loi. Il importe donc de les préciser. Dans l'opinion généralement suivie, on dit que le choix déféré à la femme est une conséquence des deux qualités qu'elle réunit en sa personne, celles de créancier et de copropriétaire des biens communs. A titre de créancier, elle peut saisir les biens; à titre de copropriétaire, elle peut choisir ceux qui sont à sa convenance (1), L'explication nous paraît insuffisante et même inexacte. Il est vrai que la femme créancière d'une récompense est aussi copropriétaire des biens compris dans la masse; mais ce sont deux droits très-distincts, et qu'il faut se garder de confondre. Quel est le droit d'un copropriétaire de biens indivis? Il peut demander le partage. Si, de plus, il est créancier de la masse partageable, peut-il choisir parmi les immeubles ceux qui sont à sa convenance pour se remplir de ce qui lui est dû? Non, certes; comme créan-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 362, § 511 (4e éd.).

cier, il n'a d'autre droit que celui d'obtenir le payement en deniers de ce qui lui est dû. Le choix que l'article 1471 défère à la femme est donc un droit exceptionnel (1); on peut l'expliquer comme exception, mais il faut se garder d'en faire la règle. La femme qui a une reprise y a droit d'ordinaire à titre d'indemnité d'un propre qu'elle a aliéné et dont le prix a été versé dans la communauté : l'équité veut qu'à défaut de remploi elle puisse prendre un immeuble en payement de ce qui lui est dû. Et dès qu'on lui donne ce droit, on doit aussi lui déférer le choix, parce que tous les conquêts peuvent ne pas lui convenir; ce n'est pas elle qui les a achetés, c'est son mari; il est donc équitable de lui déférer le choix. C'est le motif que Bourjon donne : « Pour sa reprise, dit-il, la femme et ses héritiers ont d'abord le choix sur tous les effets de la communauté, parce que tout ce qui la concerne est du fait du mari et qu'elle n'a été que la spectatrice, et spectatrice muette, par état, de l'administration totale de son mari (2). »

506. L'article 1471 ne dit pas que la femme a le choix des meubles. Néanmoins tous les auteurs le lui accordent (3). En droit strict, il faudrait le lui refuser. S'il est vrai que le droit de choisir les effets, pour se remplir de ce qui lui est dû, est une exception, la disposition de l'article 1471 est par cela même de rigoureuse interprétation. Vainement dit-on qu'il y a analogie et, plus que cela, argument *a fortiori;* cela serait, qu'on ne pourrait pas étendre une disposition qui consacre une véritable anomalie en donnant au créancier le droit de se payer en tels effets qu'il lui plaît de choisir. L'analogie n'existe pas même. Il y a une raison d'équité pour donner à la femme le choix des immeubles. Quant aux meubles, qu'importe? S'ils ne conviennent pas à la femme, elle les vendra; les effets mobiliers ont un prix courant pour lequel on trouve toujours des acheteurs. Il n'en est pas de même des immeubles. On invoque la tradition. L'argument serait dé-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n° 131 *bis* I.
(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 530, n°s VI et VII.
(3) Toullier, t. VII, 1, p. 161, n° 185. Rodière et Pont, t. II, p. 346, n° 1078.

cisif s'il était certain que la loi a suivi la tradition en cette matière. Mais cela même est controversé et douteux, comme nous allons le dire. Lorsqu'il y a tant de raisons de douter, le plus sûr n'est-il pas de s'en tenir au txte?

507. Le texte de l'article 1471 soulève une autre difficulté; il commence par dire que les prélèvements de la femme s'exercent comme ceux du mari; puis il ajoute : « Ils s'exercent *pour les biens qui n'existent plus en nature,* d'abord sur l'argent comptant, etc. » Faut-il conclure de là que l'article 1471 ne s'applique qu'au cas où la femme a des reprises à exercer du chef de ses propres aliénés sans remploi? La cour de Lyon a interprété la loi en ce sens; elle s'est attachée au texte qui, dit-elle, est tellement restrictif, qu'il est impossible d'étendre la loi à d'autres indemnités (1). Cette opinion n'a pas trouvé faveur; tous les auteurs la condamnent, et avec raison. Nous croyons aussi que la loi est restrictive, mais si l'on ne peut pas étendre les lois restrictives, et surtout les lois exceptionnelles, on a au moins le droit et le devoir de les interpréter. Que veulent dire ces mots de l'article 1471 : *pour les biens qui n'existent plus en nature?* Nous avons déjà répondu qu'ils sont inutiles aussi bien que le n° 1 de l'article 1470, auquel ils se rapportent : ils supposent qu'il y a lieu à prélèvement pour les propres qui existent en nature, ce qui n'est pas exact. Si ces mots sont inutiles, c'est bien mal interpréter la loi que d'y voir une condition. Il y a plus; alors même que l'on s'attache à la lettre de la loi, il faut encore écarter l'interprétation de la cour de Lyon. Quels sont *les biens qui n'existent plus en nature,* comme le dit l'article 1471? Ce sont les propres des époux qui ont été versés directement ou indirectement dans la communauté; car il ne peut y avoir de reprises que du chef des propres qui ont été employés au profit de la communauté. On peut donc dire, dans tous les cas où il y a lieu à récompense, que les biens n'existent plus en nature. C'est dire que l'article 1471 est général par le texte,

(1) Lyon, 3 mars 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* n° 2378).

comme il l'est en vertu des principes. Nous n'invoquerons pas la tradition, puisque, en cette matière, on ne peut pas affirmer que les auteurs du code aient entendu suivre la tradition (1).

Il y a un arrêt de la cour d'Orléans en ce sens. Une femme commune s'était obligée solidairement avec son mari; elle demanda la séparation de biens, et, lors de la liquidation de la communauté, elle réclama une récompense du chef de l'obligation qu'elle avait contractée dans l'intérêt de la communauté. L'article 1431 lui assurait une indemnité, dans l'espèce. Mais le mari soutenait que c'était une simple créance qui ne lui donnait pas droit à un prélèvement. Les récompenses sont, en effet, des créances d'une nature particulière, et régies par des principes spéciaux; pour qu'il y ait lieu à récompense au profit d'un époux, il faut que des deniers à lui propres aient été versés dans la communauté (art. 1433); et, dans l'espèce, il n'y avait qu'un engagement consenti par la femme. C'était mal raisonner. Celui qui oblige sa personne, oblige ses biens; les biens de la femme étaient donc engagés dans l'intérêt de la communauté; partant on pouvait invoquer le principe dont l'article 1433 ne consacre que des applications : la communauté devait récompense à la femme, parce qu'elle tirait un profit de ses biens (n° 449). Restait à savoir si l'article 1471 était applicable à l'indemnité que l'article 1431 accorde à la femme. L'esprit de la loi, dit la cour d'Orléans, ne laisse aucun doute. On ne conçoit pas que la loi établisse des distinctions entre les indemnités auxquelles la femme a droit : pourquoi traiterait-elle la créance naissant de la vente d'un propre avec plus de faveur que l'obligation que la femme contracte et qui engage ses biens présents et à venir (2)?

508. Quand les prélèvements s'exercent sur les effets mobiliers ou immobiliers de la communauté, il se présente une difficulté de fait : à quel prix estimera-t-on les objets que l'époux prend en payement de ce qui lui est dû? Les

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 343, n° 1075. Marcadé, t. V, p. 624, n° II de l'article 1472. Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n° 131 *bis* II.
(2) Orleans, 3 decembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).

prélèvements sont une opération préliminaire du partage, ils se font donc contradictoirement avec le conjoint ou avec ses héritiers. Si les parties intéressées ne s'accordent pas sur la valeur des effets prélevés par l'époux créancier de la récompense, on recourra à une expertise (1).

509. L'ordre établi par l'article 1471 pour l'exercice des prélèvements reçoit-il des exceptions? Il n'y a pas d'exception dans la loi; on n'en peut donc admettre que si les principes généraux de droit y autorisent l'interprète. Il est de doctrine et de jurisprudence qu'il n'y a pas lieu au prélèvement en nature des immeubles quand ils sont impartageables. En effet, les immeubles qui ne peuvent pas se partager commodément et sans perte sont licités; par suite, il est impossible que l'époux créancier de la récompense les prélève, alors que sa créance ne lui donne droit qu'à une partie de l'immeuble; vainement lui attribuerait-on une partie indivise, puisque la licitation est nécessaire, ce qui aboutit à un droit sur le prix. L'exception est donc fondée sur un texte de loi (art. 1686) et sur ce principe que l'ordre établi par la loi pour les prélèvements ne peut être suivi alors que l'application de la loi est impossible (2). Cela suppose qu'il y a des parties intéressées qui contestent le prélèvement de l'immeuble impartageable. S'il n'y a pas de créanciers et si les conjoints ou leurs héritiers sont d'accord, il va de soi qu'ils peuvent consentir au prélèvement d'une part indivise dans un immeuble (3); l'article 1471 n'est pas une disposition d'ordre public, dès lors les parties sont libres de régler leurs intérêts comme elles l'entendent (4).

La cour de cassation semble admettre d'autres cas où le prélèvement ne peut pas s'exercer en nature sur des immeebles de la communauté. D'abord lorsque le prix n'en a pas été payé; le vendeur ayant l'action résolutoire, les immeubles sont exposés à être saisis par suite du privilége

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 361, § 511 (4e éd.).
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 344, n° 1077. Rejet, 7 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 410).
(3) Orléans, 3 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).
(4) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 6 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424).

qui appartient au vendeur; ce qui anéantirait le droit de l'époux et l'obligerait à se contenter d'une part dans le prix; autant vaut ne pas exercer le prélèvement en nature, sauf à provoquer la vente d'objets mobiliers ou immobiliers appartenant à la communauté. Ceci est moins une question de droit qu'un règlement d'intérêts; s'il convient à l'époux de prendre un immeuble sujet à l'action résolutoire, aucun principe ne s'y oppose, car la vente, quoique sujette à résolution, est translative de propriété; l'immeuble appartient donc à la communauté et, par suite, la femme, qui a le choix des immeubles, peut le prendre en payement de son indemnité. Aussi la cour de cassation ne considère-t-elle pas le cas comme une exception véritable; c'est un motif qu'elle allègue à l'appui de la décision qu'elle a rendue dans une espèce où l'immeuble était impartageable. Il est inutile d'insister sur un autre considérant du même arrêt; c'est encore un motif à l'appui de la solution donnée par la cour à la question de savoir si l'arrêt attaqué avait violé la loi en refusant d'admettre le prélèvement en nature dans un cas où l'immeuble était reconnu impartageable (1). La seule conséquence juridique que l'on puisse déduire de l'arrêt est qu'il n'y a pas lieu au prélèvement en nature quand la licitation est nécessaire; ce qui revient au principe tel que nous l'avons formulé : l'article 1471 reçoit exception quand le prélèvement en nature est impossible.

510. Une autre difficulté a été soumise à la cour de cassation. Les héritiers de la femme demandaient à prélever un immeuble de la communauté en payement d'une récompense qui lui était due pour prix d'un propre; le mari leur objectait que, d'après l'article 1471, ils ne pouvaient prélever les immeubles que subsidiairement, qu'ils devaient avant tout exercer leur reprise sur le mobilier. Cela est impossible, répliquaient les héritiers; vingt-deux ans se sont écoulés depuis la dissolution de la communauté, le mari survivant n'ayant pas fait inventaire, comment pouvons-nous savoir s'il y avait des effets mobiliers et si

(1) Rejet, 7 mai 1855 (Dalloz. 1855, 1, 410).

ces effets existent encore? Alors le mari demanda à faire preuve par témoins de la consistance du mobilier composant l'actif de la communauté. La cour de Caen rejeta cette prétention : comment permettre la preuve testimoniale au mari quand il pouvait et qu'il devait, en vertu de la loi, faire inventaire, ce qui lui donnait une preuve authentique de l'existence et de l'importance du mobilier? Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour a décidé que les héritiers ne peuvent être renvoyés à exercer le prélèvement sur le numéraire et sur le mobilier de la communauté, puisque rien ne constatait qu'il y eût du mobilier ou de l'argent comptant, le mari n'ayant pas fait constater par un inventaire la consistance du mobilier. Il y avait encore impossibilité légale. Il est vrai que la loi permet aux héritiers de la femme de faire preuve de la consistance du mobilier non inventorié par témoins et même par commune renommée; mais c'est un droit pour eux et non une obligation, et le mari ne pouvait pas se prévaloir d'un droit établi contre lui. En définitive, il y avait impossibilité légale d'exercer le prélèvement sur le mobilier, en ce sens que la preuve légale par l'inventaire était impossible par la faute du mari (1).

311. Autre est la question de savoir si le prélèvement en effets mobiliers ou immobiliers est une obligation que la loi impose aux époux. La question est controversée en doctrine et en jurisprudence. A notre avis, la loi donne un droit à l'époux créancier de la récompense, droit exceptionnel et de faveur auquel il peut, par conséquent, renoncer, pour s'en tenir au droit commun. L'époux est créancier d'une indemnité, c'est-à-dire d'une somme d'argent ; d'après le droit commun, il peut exiger d'être payé en numéraire; en effet, aux termes de l'article 1243, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou plus grande. L'article 1471 déroge à cette règle : est-ce par défaveur pour l'époux créancier d'une récompense? Cela est impossible, car les

(1) Rejet, 1er décembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 122).

récompenses sont les plus favorables des créances (n° 504), et c'est à raison de cette faveur que la loi permet à l'époux d'exercer ses prélèvements en nature; c'est donc un droit qu'elle entend lui accorder, ce n'est pas une obligation qu'elle veut lui imposer. Niera-t-on que l'article 1472 contienne une disposition de faveur? Le texte même de la loi prouve qu'elle a voulu favoriser l'époux et surtout la femme, car, chose remarquable, le texte ne s'occupe que de la femme. Et que dit-il? Que le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. Conçoit-on que le législateur qui donne à la femme un droit exorbitant lui impose ce privilége comme une obligation? Cela est contradictoire et absurde. Quoi! dira la femme, on me permet de choisir les objets les plus précieux pour me payer de ma créance, et l'on me force de prendre des effets qui me sont inutiles et que je serai obligée de vendre? Il n'y a pas d'immeubles; tout le mobilier consiste en une riche bibliothèque, en une collection de tableaux, et l'on obligera la femme à prendre en payement des livres et des objets d'art! C'est tourner contre elle un droit qui a été établi en sa faveur. Pourquoi ne pas permettre de renoncer à une faveur quand la faveur serait préjudiciable à la femme? et pourquoi ne pas lui permettre de revenir au droit commun (1)?

La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens (2), tandis que la jurisprudence française incline vers l'opinion contraire (3). Un arrêt de la cour de Paris, rédigé avec beaucoup de soin, essaye de prouver que la disposition de l'article 1471 est obligatoire pour la femme. L'article 1471, dit la cour, fait partie d'un ensemble de dispositions qui ont pour objet le règlement des indemnités auxquelles les époux ont droit. Ce sont des créances, il est

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 361, note 25, § 511. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n° 131 *bis* I.

(2) Rejet, 6 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424). Liége, 16 novembre 1872 (*ibid.*, 1873, 2, 64).

(3) Rejet, 2 juin 1862 (Dalloz, 1862, 1, 420), dans le sens de notre opinion. En sens contraire, Metz, 10 avril 1862 (id., 1862, 2, 141), et Paris, 24 juillet 1869 (id., 1870, 2, 25).

vrai, mais elles sont d'une nature spéciale, et le recouvrement s'en fait aussi d'après des règles spéciales. La femme ne peut pas scinder ces règles, en prendre ce qui lui convient et répudier ce qui ne lui convient pas. L'article 1471 lui-même commence par une disposition dont le caractère impératif est incontestable : « Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. » Si la première partie de l'article est impérative, conçoit-on que la seconde soit facultative? Il nous semble que la question est mal posée. Sans doute, les récompenses sont des créances d'une nature particulière, mais en quel sens et avec quel effet? Elles sont plus favorables que les créances ordinaires, notamment les reprises de la femme: c'est là la raison des articles 1470 et 1471. Les règles spéciales que la loi établit pour le payement des récompenses sont-elles d'ordre public? Non, elles ont uniquement pour objet de garantir des intérêts pécuniaires. Dès lors peu importe que les articles 1470 et 1471 soient rédigés dans une forme impérative; ce ne sont pas moins des dispositions d'intérêt privé; de là suit que la loi doit permettre à l'époux d'en user selon son intérêt. Si la femme trouve qu'il est de son intérêt d'être payée en numéraire en renonçant au prélèvement en nature, elle en a le droit, car elle peut renoncer au bénéfice de l'article 1471 introduit en sa faveur, et réclamer le droit qui appartient à tout créancier.

512. L'application de la loi soulève une autre difficulté. De ce que l'article 1471 est facultatif, on a conclu que l'époux défendeur ou ses héritiers pouvaient empêcher le prélèvement en nature en offrant de payer la récompense en argent et même en faisant vendre des effets de la communauté jusqu'à due concurrence. Cela paraît logique, et cependant cela est en contradiction avec le texte et avec l'esprit de la loi. L'article 1471 donne un droit absolu à l'époux créancier d'une récompense, absolu en ce sens qu'il a le droit de se payer en effets de la communauté. Or, le droit serait dérisoire s'il dépendait du défendeur d'en arrêter l'exercice en offrant des deniers ou en provoquant la vente de biens communs. La cour de

Paris, dans l'arrêt que nous venons de citer en le critiquant, a raison de dire que le droit de l'époux, ainsi entendu, n'est pas un droit, puisqu'il ne pourrait être exercé qu'avec le concours de l'autre conjoint ou de ses héritiers. Mais elle a tort de dire que c'est là une conséquence du caractère facultatif de l'article 1471. Quand nous disons que cette disposition est facultative, cela signifie que c'est une faculté pour l'époux d'en profiter ou de revenir au droit commun ; mais s'il déclare qu'il en veut profiter, son droit ne peut pas être entravé par une offre de deniers, puisque ce serait l'anéantir. Le texte ne donne pas de droit au défendeur, il ne donne de droit qu'au demandeur ; c'est à lui et à lui seul qu'il appartient de renoncer à une faveur que la loi lui accorde. Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique en ce sens (1).

513. Il a été jugé que la femme peut stipuler, par contrat de mariage, qu'elle aura l'option d'exercer ses reprises en nature en prélevant des objets de la communauté, ou d'en demander le payement en argent en faisant vendre des biens communs (2). Cela n'est pas douteux, puisque, dans notre opinion, la femme ne fait que stipuler une option qui lui appartient de droit. Il faudrait le décider ainsi, même dans l'opinion contraire à la nôtre ; en effet, il s'agit d'un intérêt purement pécuniaire ; or, les époux jouissent d'une entière liberté pour régler leurs intérêts comme ils l'entendent.

Est-ce à dire que les époux puissent, par contrat de mariage, renoncer au bénéfice de l'article 1471 ? A notre avis, la clause serait nulle, en tant qu'elle aurait pour objet d'abdiquer un privilége que la loi accorde à la femme à raison de sa qualité de femme commune. Nous allons dire quels sont ces priviléges ; par cela seul qu'ils n'appartiennent qu'à la femme, elle ne peut y renoncer d'avance ; ils sont de l'essence de la communauté, puisqu'ils sont la compensation du pouvoir absolu que le mari

(1) Rejet, 29 novembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 1, 69). Les auteurs sont divisés. Voyez les citations dans Rodière et Pont, t. II, p. 349, n° 1074, et dans Aubry et Rau, t. V, p. 362 et note 26, § 511 (4e éd.).
(2) Caen, 12 mai 1870 (Dalloz, 1872, 1, 196).

a sous ce régime, et de la dépendance de la femme (1).

514. L'article 1471, en disant que les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté, pourrait faire croire que la dette des récompenses est une dette des biens que la loi y affecte, tandis que les dettes, en général, grèvent tous les biens; ce qui conduit à une doctrine, aujourd'hui abandonnée, d'après laquelle les reprises s'exerceraient à titre de propriété. La cour de Caen l'a jugé ainsi; il est inutile d'entrer dans ce débat, nous reviendrons plus loin sur la question de principe. L'article 1471 y est tout à fait étranger; il règle uniquement l'exercice du droit de reprise; si le prélèvement se fait d'abord sur l'argent comptant, il n'en résulte pas que les meubles et les immeubles ne soient pas affectés de cette dette; de même, s'il y a du mobilier suffisant pour remplir l'époux de ses récompenses, on n'en saurait conclure que la dette ne grève pas les immeubles. A ce point de vue, il n'y a aucune différence entre les récompenses et les autres dettes; il est de l'essence de toute dette de grever tous les biens, sans distinction entre les meubles et les immeubles. La question a un intérêt pratique dans le cas où il y a un légataire du mobilier et un légataire des immeubles; le légataire du mobilier, en supposant qu'il supporte toute la reprise, pourra demander que le légataire des immeubles y contribue pour sa part. La jurisprudence est en ce sens (2).

515. Il y a cependant une différence entre la dette des reprises et les dettes ordinaires en ce qui concerne les droits qui appartiennent au créancier sur les biens. Celui qui oblige sa personne, oblige ses biens; il en résulte que les créanciers ont un droit de gage sur tous les biens de leur débiteur (art. 2092, 2093); mais ce gage s'évanouit par l'aliénation que le débiteur fait de ses biens; le créancier n'a plus d'action sur ceux que le débiteur a aliénés. Ce principe ne reçoit pas d'application à l'exer-

(1) Voyez les arrêts cités plus loin, n° 522.
(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 359, note 15, § 511 (4e edition).

cice des prélèvements. Supposons que la femme ait droit à une reprise ; il n'y a pas de mobilier dans la communauté, la femme a le droit de prélever son indemnité sur les immeubles. Le mari peut-il anéantir ce droit en vendant sa part indivise dans les immeubles? La cour de cassation a jugé que le mari ne pouvait vendre sa part indivise qu'avec la charge des reprises qui l'affecte. Vainement disait-on que la loi ne donne aucun droit réel à la femme sur les immeubles de la communauté et que le gage du créancier s'évanouit par l'aliénation des biens. Il ne s'agit pas, dans l'espèce, du droit de gage; il s'agit de savoir quel est le droit du mari sur les biens lorsqu'ils sont grevés de la charge des reprises. Or, dans le système du code, les reprises s'exercent par voie de prélèvement; ce sont les biens qui restent après le prélèvement qui constituent la masse partageable. Si donc le mari vend avant que la femme ait fait ses prélèvements, il vend ce qui ne lui appartient pas, au moins jusqu'à concurrence du montant des reprises; la vente n'est donc valable que pour ce qui reste, déduction faite des reprises. En ce sens, la cour de cassation a raison de dire que le mari ne peut céder à des tiers plus de droits qu'il n'en a lui-même; s'il vend sa part indivise, il la vend grevée de la charge des récompenses (1).

Nº 3. DES PRIVILÉGES ACCORDÉS A LA FEMME POUR L'EXERCICE DE SES REPRISES.

516. La loi accorde certains priviléges à la femme pour l'exercice de ses reprises. Quels sont ces priviléges? Il y en a deux qui sont certains : la femme exerce ses prélèvements avant le mari (art. 1471). En cas d'insuffisance de la communauté, elle a de plus un recours contre le mari, tandis que le mari n'a d'action que sur les biens de la communauté (art. 1472). Le choix des immeubles que l'article 1471 attribue à la femme est-il aussi un de

(1) Rejet, 6 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 167).

ses priviléges ? Nous reviendrons sur la question, qui est controversée ; pour le moment, il suffit de constater que le rapporteur du Tribunat comprend le choix des immeubles parmi les faveurs que la loi accorde à la femme. Duveyrier dit aussi quelle est la raison de ces priviléges : « La privation absolue de pouvoir et d'influence qui a constamment éloigné la femme de tous les actes d'administration doit encore ici lui donner une faveur, une préférence dont la justice ne peut être contestée, et qui se réalise par trois moyens progressifs. » Le rapporteur énumère ensuite ces priviléges dans l'ordre suivi par le code. Ces faveurs se rattachent donc au système de la communauté légale, tel qu'il s'est formé dans les mœurs. Pendant la durée du régime, le mari est seigneur et maître, tandis que la femme reste étrangère à l'administration des intérêts communs, à ce point qu'on lui a même contesté sa qualité d'associée. Après la dissolution de la communauté, la situation change ; le mari est responsable de l'exercice de son pouvoir absolu, il supporte toutes les conséquences de sa gestion ; la femme, au contraire, peut s'y soustraire en renonçant ; elle peut aussi accepter ; si elle prend ce parti, la loi la met encore à l'abri de toute perte en lui donnant le bénéfice d'émolument, et elle assure l'exercice de ses reprises en les garantissant par des priviléges.

Le premier est le plus naturel : si les deux époux ont des prélèvements à faire, la femme exerce ses reprises avant celles du mari. Il se peut que les biens communs ne suffisent pas pour remplir les deux époux de leurs droits ; quelle que soit la cause de cette insuffisance, on ne peut l'imputer à la femme, puisque, de droit, elle a été étrangère à l'administration de la communauté. Quand même la communauté serait suffisante, il y aura d'ordinaire un choix à faire ; la loi veut que la femme puisse prendre les meilleurs effets ou ceux qui sont le plus à sa convenance. Nous avons d'avance justifié le choix des immeubles (n° 505) ; il s'agit des conquêts, c'est le mari qui les acquiert ; il ne serait pas juste que la femme fût obligée de prendre des immeubles dont elle ne pourrait tirer aucun parti. Si les biens de la communauté ne suffisent point pour le payement

des reprises de la femme, elle peut les exercer sur les biens personnels du mari. Cette préférence s'explique par la cause des reprises ; les propres de la femme ont enrichi la communauté ; le mari, qui en profite comme chef, doit administrer de manière que la femme retrouve dans la communauté les valeurs qu'elle y a mises. Il se peut que les biens communs ne suffisent point pour remplir la femme de ses reprises. Cela suppose une mauvaise gestion ou une gestion malheureuse, dont la femme ne peut souffrir, puisqu'elle y a été étrangère ; il lui faut donc une garantie pour la reprise des propres aliénés ou employés dans l'intérêt de la communauté ; cette garantie consiste dans l'action qu'elle a contre son mari, et dans l'hypothèque que la loi lui donne pour assurer le payement des reprises (1).

517. La loi accorde ces priviléges à la femme pour toutes ses reprises. Au premier rang de ces reprises, figure le droit de prélever ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté (art. 1470, 1°). Est-ce à dire que la femme ait un privilége de ce chef? Nous avons dit que c'est à tort que la loi place le prélèvement des propres parmi les reprises des époux : c'est tout simplement l'exercice du droit de propriété (n° 500) ; or, comme propriétaire, la femme ne saurait avoir aucune préférence sur son mari et, de fait, elle n'en a aucune. On ne peut pas dire qu'elle reprend ses propres avant le mari : qu'importe, si les propres existent, et si chaque époux peut reprendre les siens? Bien moins encore peut-il être question d'un choix (art. 1471), et si la femme reprend ses propres, de quel droit aurait-elle un recours contre son mari? Les priviléges de la femme confirment ce que nous avons dit, c'est que la reprise des propres n'est pas une reprise ni un prélèvement (2).

518. La priorité des prélèvements ne donne lieu à aucune difficulté ; nous avons déjà traité du choix des immeubles (n°s 505 et 508). Reste l'action que l'arti-

(1) Duveyrier, *Rapport*, n° 39 (t. VI, p. 425). Troplong, t. II, p. 37, n° 1626. Colmet de Santerre, t. VI, p. 288, n°s 129 et 130 *bis*.
(2) Marcadé, t. V, p. 623, n° II de l'article 1472.

cle 1472 donne à la femme sur les biens du mari. Il ne faut pas la confondre avec l'action en récompense. Celle-ci s'exerce sur les biens de la communauté, et, par dérogation aux principes généraux, l'époux se remplit de ce qui lui est dû en biens communs, et à son choix; quand il s'agit de la femme. L'action récursoire, au contraire, que la femme a contre son mari est une action ordinaire, elle est dirigée contre la personne et ne s'exerce sur les biens que lorsque le débiteur ne paye pas; dans ce cas, la femme, de même que tout créancier, doit procéder par voie de saisie; elle ne peut pas s'approprier les biens du mari et bien moins encore choisir les immeubles qui lui conviennent; c'est une action ordinaire, tandis que l'action en récompense est soumise à des règles exceptionnelles (1).

519. La femme doit-elle faire inventaire pour jouir du bénéfice des articles 1471 et 1472? Il y a controverse; la négative nous paraît certaine (2). L'interprète ne peut imposer des obligations ni créer des déchéances. Or, la loi ne dit pas que la femme doive faire inventaire pour l'exercice des priviléges qu'elle lui accorde en matière de récompense; son silence est décisif. On peut donner d'excellentes raisons pour la nécessité ou l'utilité d'un inventaire. Comment constater l'insuffisance du mobilier de la communauté et de l'argent comptant quand les effets de la communauté n'ont pas été inventoriés? Et comment la femme prouvera-t-elle l'insuffisance de la communauté quand elle exerce ses reprises contre son mari? Mais les meilleures raisons n'autoriseraient pas le juge à prononcer la déchéance de la femme à défaut d'inventaire. La loi a soin de dire dans quels cas la femme est obligée de faire inventaire et de déterminer les conséquences de l'inobservation de cette formalité; le juge ne peut pas ajouter à la loi; tout ce que l'interprète peut faire, c'est de conseiller la confection d'un inventaire, afin de prévenir toute difficulté de preuve. Il y a des arrêts en sens

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 364, § 511 (4e éd.).
(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 364, note 30. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Bruxelles, 12 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 34).

contraire qui s'appuient sur l'article 1483 : nous y reviendrons en traitant du bénéfice d'émolument.

N° 4. LE MARI A-T-IL LES MÊMES PRIVILÉGES?

520. On demande d'abord si le mari exerce ses prélèvements en nature et par voie d'appropriation. D'après le texte de l'article 1471, il faudrait répondre négativement. La loi commence par dire que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. Puis elle règle le mode d'exercer les prélèvements : « *Ils* s'exercent d'abord sur l'argent comptant, » etc. Le mot *ils* se rapporte aux prélèvements de la femme, dont il est question dans le premier alinéa. Ainsi l'article 1471 ne parle pas des prélèvements du mari, et comme cette disposition est exceptionnelle, on ne peut l'étendre au mari (1).

Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie (2), et nous l'admettons. La difficulté de texte porte sur le sens du mot *ils*. Grammaticalement il se rapporte aux prélèvements de la femme, cela est vrai. Mais le langage du code n'est pas toujours conforme aux règles de la grammaire; le législateur français n'aime point les répétitions. Au lieu de dire : « Les prélèvements du mari et de la femme », il a préféré se servir du pronom *ils*. Ce qui semble indiquer que la seconde disposition est générale et s'applique au mari aussi bien qu'à la femme, c'est que l'article est partagé en deux alinéas, comprenant deux dispositions diverses. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Aux termes de l'article 1470, « chacun des époux *prélève* sur la *masse des biens* le prix de ses immeubles et ses indemnités ». Telle est la règle, elle s'applique au mari comme à la femme; vient ensuite l'article 1471 qui règle la manière de faire les prélèvements. Y a-t-il une raison de distinguer, sous ce rapport, entre le mari et la femme? Quant à l'appropriation des biens et quant à l'ordre dans lequel elle se fait, il n'y a certes aucune différence,

(1) C'est l'avis de Colmet de Santerre, t. VI, p. 290, n° 132 *bis* I.
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 371, n° 1093.

en principe, entre les deux époux. *Prélever*, c'est prendre des biens en nature; or, il y a dans toute communauté trois espèces de biens : du numéraire, des meubles et des immeubles; il faut nécessairement que l'on sache dans quel ordre se feront les prélèvements : tel est le but de l'article 1471. Le but est général, donc la disposition doit l'être aussi. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait aucune différence entre le mari et la femme dans l'exercice des reprises. La femme a ses priviléges, que la loi prend soin d'énumérer : elle exerce ses prélèvements avant le mari, elle a le choix des immeubles, elle a un recours sur les biens du mari. Ces priviléges ont leur raison d'être, mais il n'y a absolument aucune raison pour établir une différence entre le mari et la femme quant à l'appropriation des biens et quant à l'ordre dans lequel elle se fait. Telle est aussi l'interprétation que le rapporteur du Tribunat donne à la loi, comme nous l'avons dit plus haut (n° 516).

521. Duveyrier place parmi les priviléges de la femme le choix que la loi lui attribue des immeubles de la communauté; sur ce point, le texte paraît formel : « Le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. » Ce choix est une faveur, un privilége; dès lors on ne peut l'étendre au mari, car on n'étend pas les priviléges. Il n'y a pas même analogie complète, sous ce rapport, entre le mari et la femme. Quelle est la raison des priviléges que la loi accorde à la femme? Le rapporteur du Tribunat le dit : c'est qu'elle est exclue de l'administration; ce n'est pas elle qui acquiert les immeubles, donc elle ne doit pas être forcée à prendre ceux qui ne lui conviennent pas. On n'en peut dire autant du mari. Il a acheté les immeubles selon ses convenances, ses besoins ou ses goûts : de quoi se plaindrait-il si on lui attribue indifféremment un de ces immeubles? A son égard, le choix n'a point de raison d'être.

Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie. Elle s'appuie sur la tradition. Pothier commence par dire que lorsque la masse est arrêtée, la femme doit prélever dans les meilleurs effets de la communauté, à son choix, la somme à laquelle montent ses reprises. Puis il ajoute :

« Après ce prélèvement fait par la femme, le mari prélève pareillement, à son choix, dans les meilleurs effets qui restent de ladite masse, la somme à laquelle montent ses reprises. » Ainsi la seule différence que Pothier établit entre le mari et la femme, c'est que celle-ci choisit la première en prenant les meilleurs effets de la communauté, mais le mari a le choix dans ce qui reste (1). Le code a-t-il reproduit la doctrine de Pothier? Non, il dit que les *prélèvements* du mari s'exercent après ceux de la femme, mais il distingue le *choix* du prélèvement; le choix, il ne le donne qu'à la femme, donc on ne peut pas l'accorder au mari. Vainement dirait-on que c'est argumenter du silence de la loi, ce qui est la pire des argumentations. C'est oublier qu'il s'agit d'un privilége, et en matière de priviléges, comme dans les exceptions en général, on raisonne toujours du silence de la loi, en ce sens qu'il ne peut y avoir de préférence légale sans texte.

522. Aux termes de l'article 1472, le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté; il n'a pas d'action récursoire sur les biens de la femme en cas d'insuffisance des biens communs. La raison en est simple. Si la femme a un recours contre le mari, c'est que l'on suppose que l'insuffisance de la communauté est imputable au mari. Que si les biens communs ne suffisent pas pour remplir le mari de ses reprises, il ne peut se prévaloir du mauvais état de la communauté, que lui seul a administrée avec un pouvoir absolu, pour en rendre la femme responsable, puisque celle-ci est restée légalement étrangère à l'administration.

Le mari pourrait-il stipuler, par contrat de mariage, qu'en cas d'insuffisance de la communauté il aura un recours sur les biens personnels de la femme? Il a été jugé que cette singulière clause est nulle, parce qu'elle vicie la communauté dans son essence. Cela nous paraît d'évidence.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 701. Les auteurs, sauf Colmet de Santerre, et la jurisprudence sont en ce sens (Aubry et Rau, t. V, p. 361, note 22, § 511, et Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2424). Il faut ajouter la jurisprudence belge. Liége, 25 février 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 127), et Rejet, 29 novembre 1866 (*ibid.*, 1867, 1, 69); Bruxelles, 3 août 1847 (*ibid.*, 1847, 2, 193).

On se prévalait, devant la cour de cassation de Belgique, de la liberté dont jouissent les époux de régler leurs intérêts comme ils l'entendent; l'article 1387 ne fait d'exception à cette liberté que dans les cas où les conventions matrimoniales seraient contraires aux bonnes mœurs, on peut ajouter ou à l'ordre public, ou à une disposition prohibitive du code. Or, disait-on, l'article 1472, auquel la clause litigieuse déroge, est étranger à l'ordre public, et il n'est pas conçu dans des termes prohibitifs. La cour répond qu'il y a des dispositions qui sont virtuellement prohibitives, en ce sens qu'elles tiennent à l'essence de la communauté. Tel est l'article 1472. Le rapporteur du Tribunat dit que c'est une conséquence du pouvoir absolu dont le mari jouit sous le régime de communauté ; or, ce pouvoir lui est accordé comme conséquence de la puissance maritale et de la subordination de la femme. Par compensation à ce pouvoir absolu du mari, la loi accorde à la femme certains priviléges, entre autres celui de l'article 1472 : la femme n'y pourrait pas renoncer par contrat de mariage, de même qu'elle ne pourrait renoncer à son droit d'option (art. 1453), ni à son bénéfice d'émolument. Par la même raison, le mari ne peut stipuler un privilége que la loi accorde à la femme contre lui : pourra-t-il stipuler qu'il aura le droit de renoncer à la communauté? Non, certes. Par identité de raison, il ne peut se réserver un recours sur les biens personnels de la femme quand la communauté est insuffisante pour le remplir de ses reprises : ce serait faire porter à la femme la responsabilité d'une gestion qui lui est étrangère et affranchir le mari des conséquences de son pouvoir absolu. Veut-on que la femme soit responsable, il faut lui donner un droit égal d'administrer, ce qui est en opposition avec l'article 1389. Si elle est légalement exclue de l'administration par un motif d'ordre public, la conséquence qui résulte de cette exclusion sera aussi d'ordre public. Cela décide la question (1).

(1) Cassation, 1er décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 1, 3), et, sur renvoi, Bruges, 10 mars 1873 (*ibid.*, 1873, 3, 108); Gand, 29 avril 1874 (*ibid.*, 1874, 2, 394).

523. Nous avons dit que la femme n'est pas tenue de faire inventaire pour jouir des priviléges que les articles 1471 et 1472 lui accordent (n° 519). A notre avis, le mari n'a aucun de ces priviléges; mais, dans l'opinion générale, qui est aussi la nôtre, le mari a le droit de s'approprier, en biens de la communauté, notamment les immeubles, lorsque le mobilier est insuffisant. Faut-il, sous peine de déchéance, qu'il fasse inventaire pour établir l'insuffisance du mobilier? Non; par la raison, qui est décisive, que la loi ne lui impose pas cette obligation et ne le frappe pas de cette déchéance. Il y a un arrêt en sens contraire, mais les considérants témoignent contre la décision. Dans l'espèce, le mari était resté en possession de tous les biens de la communauté sans faire constater, par un inventaire, la consistance du mobilier. Cette négligence, dit la cour de Caen, doit avoir pour conséquence de faire *présumer* qu'il a trouvé dans la communauté des valeurs mobilières équivalentes aux reprises qu'il avait à exercer; la cour en conclut que le mari ou ses héritiers ne pouvaient exercer leurs reprises sur les immeubles. Ainsi la cour déclare le mari déchu d'un droit légal sur une présomption qu'elle a imaginée! C'est dépasser le pouvoir de l'interprète (1). L'arrêt a été cassé pour d'autres motifs; celui que nous signalons suffisait pour entraîner la cassation, car la cour violait l'article 1350, et elle subordonnait le droit que l'article 1471 accorde au mari à une condition que la loi ignore, en sanctionnant cette obligation par la peine de déchéance; ce qui constitue un excès de pouvoir.

N° 5. DES DROITS DE LA FEMME A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS.

524. La faculté que l'article 1471 donne à la femme de se payer sur les biens de la communauté, par un prélèvement avant partage, lui donne un droit de préférence à l'égard de son mari, pour ce qui concerne ses reprises; le mari est copropriétaire des biens qui composent la masse, mais il ne peut exercer ce droit qu'après les prélèvements

(1) Caen, 17 juillet 1857 (Dalloz, 1859, 1, 491).

que sa femme a le droit de faire ; de sorte que la créance de la femme l'emporte sur la propriété du mari. Rien de plus juste que cette préférence. Les reprises que la femme est dans le cas d'exercer ont leur cause dans l'emploi que la communauté a fait des propres de la femme dans son intérêt. Dans les rapports de la communauté avec les époux, on peut dire que les reprises qui représentent les propres n'appartiennent pas à la communauté ; si elle en est devenue propriétaire en vertu de son quasi-usufruit, c'est à charge de restitution, il faut donc les déduire de la masse ; c'est seulement après cette déduction que la masse partageable sera formée et que le mari pourra en demander le partage.

525. La femme jouit-elle aussi de cette préférence à l'égard des tiers créanciers? Il faut d'abord distinguer les créanciers du mari et les créanciers de la communauté. Quant aux créanciers du mari, il est certain que la femme peut leur opposer son droit de préférence. La raison en est simple et décisive : les créanciers n'ont d'autres droits que ceux du débiteur, au nom duquel ils agissent ; ce sont les droits du débiteur qu'ils exercent ; ils sont soumis, dans cet exercice, aux mêmes restrictions que le débiteur lui-même. Or, le mari n'a de droit sur les biens de la communauté que déduction faite des prélèvements de la femme ; donc ses créanciers doivent aussi permettre à la femme d'exercer ses reprises, avant de pouvoir agir sur les biens communs ; la femme, ayant un droit de préférence à l'égard du mari, l'a par la force des choses contre les créanciers du mari. Nous venons de dire (n° 515) que la femme peut exercer ses reprises sur les immeubles de la communauté, lorsque le mari a vendu sa part indivise dans ces immeubles ; les acquéreurs sont des ayants cause du vendeur et n'ont d'autres droits que leur auteur. Si la femme peut opposer son droit de préférence aux tiers propriétaires, à plus forte raison peut-elle s'en prévaloir contre de simples créanciers chirographaires. Sur ce point, il n'y a aucun doute, et tout le monde est d'accord (1).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 362 et note 27, § 511. Colmet de Santerre, t. VI, p. 291, n° 132 *bis* II.

526. Il en est autrement quand la femme est en concours avec les créanciers de la communauté; le mari, en s'obligeant, a obligé les biens communs, les créanciers ont donc un droit direct sur les biens de la communauté; la femme ne peut pas leur opposer l'article 1166, comme elle peut l'opposer aux créanciers personnels du mari, car les créanciers de la communauté n'agissent pas en vertu de l'article 1166, ils agissent en vertu d'un droit qui leur est propre. Naît alors la question de savoir si la femme peut se prévaloir contre eux du droit de préférence que l'article 1470 lui donne contre son mari. C'était naguère une question célèbre, sur laquelle les auteurs étaient en désaccord avec la jurisprudence; la cour de cassation a fini par céder en répudiant une doctrine qu'elle avait consacrée par des arrêts répétés. Il y a un grand enseignement dans ces révolutions de la jurisprudence, et il faut nous y arrêter. Avant tout, il importe de préciser la question. Quand on demande si la femme peut opposer son droit de préférence aux créanciers, on entend parler des créanciers chirographaires; il va sans dire que ceux qui ont un privilége ou une hypothèque peuvent l'opposer à la femme : ils restent sous l'empire du droit commun; cela n'a jamais fait de doute (1). Il faut encore faire une réserve pour l'hypothèque légale de la femme : elle peut l'exercer pour ses reprises; nous dirons, au titre des *Hypothèques,* sous quelles conditions et avec quels effets. La question que nous allons discuter est donc limitée au conflit de la femme avec les créanciers chirographaires; l'hypothèque légale de la femme est d'ordinaire hors de cause, parce que la femme et les créanciers agissent sur le mobilier de la communauté. Ce mobilier est le gage des créanciers : la femme peut-elle demander contre eux à prélever ses reprises en s'appropriant, jusqu'à due concurrence, des effets communs avant que les créanciers puissent exercer leur droit? Elle a ce droit à l'égard du mari, copropriétaire des biens communs : l'a-t-elle aussi à l'égard des créanciers de la communauté? Telle est la question.

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 358 et la note de la page 359, n° 1087.

527. On s'étonne aujourd'hui qu'elle ait fait l'objet de si longs débats. La cour de cassation a jugé, chambres réunies, que la femme n'avait aucun droit de préférence à l'égard des créanciers de la communauté : simple créancière personnelle, elle n'a d'autre droit que les créanciers en général ; on leur applique donc à tous, y compris la femme, cette disposition de l'article 2093 (loi hyp., art. 8) : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » La seule difficulté est de savoir si la femme est créancière personnelle de la communauté du chef de ses reprises. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation, chambres réunies, après un délibéré de *trois jours* : fait peut-être unique dans les annales de la jurisprudence. On pourrait croire que la question doit être plus que douteuse. Eh bien, nous ne craignons pas de le dire, elle est très-simple, il n'y a pas un doute sérieux ; les textes, les principes et la tradition sont d'accord pour décider que les reprises de la femme sont un droit de créance. Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, jamais il n'y aurait eu de controverse, ou un seul arrêt aurait suffi pour y mettre fin.

Nous disons que le texte du code décide la question. Il s'agit des reprises de la femme. Quand y a-t-il lieu à ces reprises? L'article 1433 répond : « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux et que le prix en ait été versé dans la communauté, il y a lieu au prélèvement du *prix* au profit de la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire de l'immeuble vendu. » La femme a donc un droit au prix, qu'elle exerce par voie de prélèvement. Ce droit au prix est une récompense ou une indemnité. L'indemnité implique une perte causée à la femme et la réparation de cette perte. Voilà la matière d'un droit de créance : il y a un créancier et un débiteur. L'article 1437 le dit en parlant des récompenses auxquelles la communauté a droit contre les époux : l'époux *doit* la récompense du profit personnel qu'il a tiré de la communauté. Ce mot *doit* indique une dette, un débiteur et un créan-

cier; si l'époux est débiteur, la communauté est créancière. Or, les récompenses sont identiques, qu'elles soient dues à la communauté ou aux époux; si la communauté est créancière, l'époux est aussi créancier. L'article 1470, n° 3, reproduit cette expression : « Chaque époux *prélève* les indemnités qui lui sont *dues* par la communauté. » Donc le prélèvement est le mode de payement d'une créance; l'époux est donc créancier à raison des indemnités qu'il prélève (1).

Voilà les textes. Ils suffiraient pour décider la question de la nature des récompenses. Ce qui est *dû* par la communauté aux époux est une *dette;* donc la femme est créancière de la communauté. Les principes conduisent à la même conséquence. Quelle est la cause des récompenses? L'article 1433 indique la plus usuelle : des indemnités que l'époux réclame contre la communauté. Un propre de la femme est vendu, le prix est versé dans la communauté; la femme a le droit de prélever ce prix sur la masse. Quels sont les rapports qui naissent entre la communauté et l'époux à raison de ce *versement?* La communauté a la jouissance des deniers, elle n'en peut jouir sans les consommer; à ce titre, elle devient propriétaire, ou, comme le dit l'article 587, elle a le droit de se servir des deniers, à charge de les rendre lors de la dissolution. Cette charge est une obligation pour l'usufruitier, donc un droit de créance pour le nu propriétaire. Par analogie, la communauté, tenue d'une indemnité à raison du prix dont elle s'enrichit, est débitrice du prix à titre de récompense; donc l'époux en est créancier.

528. Si l'époux est créancier, il est sur la même ligne que tous les créanciers de la communauté; c'est dire qu'il vient à contribution avec eux. La conséquence est incontestable dès que le principe est admis; et le principe ne saurait être contesté, puisqu'il est écrit dans le texte de la loi. La tradition est en harmonie avec le code, qui n'a fait que la reproduire. Les témoignages abondent, il suffit à notre but d'en citer un seul, emprunté à un praticien;

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 298, n° 115 *bis* I.

nous le rapportons de préférence, parce que c'est, non l'opinion d'un jurisconsulte, mais le droit traditionnel que nous voulons constater. On lit dans Denisart : « En pays coutumier, la femme n'a aucun privilége sur les meubles et effets mobiliers de son mari pour la restitution de sa dot et *autres reprises;* c'est une *créance ordinaire,* pour laquelle elle vient *à contribution* avec les *autres créanciers.* Il y a, à ce sujet, un acte de notoriété du Châtelet du 10 janvier 1711 et un autre du 4 mars 1745. » Que disent ces actes qui constituent la preuve la plus certaine de la tradition? Ils répètent que la femme est une créancière ordinaire, qu'elle n'a aucun privilége. Chose remarquable, on avait essayé de réclamer une préférence en sa faveur, en se fondant sur la fameuse constitution de Justinien qui lui a été extorquée par les importunités des femmes, mais la tentative fut toujours réprimée par les parlements. Les arrêts rendus contre la femme sont du seizième siècle. Il y a apparence, dit le second acte de notoriété du Châtelet, que la jurisprudence a été tellement fixée à cet égard, que cette question n'a point été agitée depuis cent cinquante ans (1). Ainsi il s'agit d'une tradition constante, d'un droit certain, sur lequel on ne plaidait plus lors de la publication du code civil. Est-ce que par hasard les auteurs du code auraient dérogé à une tradition de trois siècles? Lors du débat solennel qui a eu lieu devant les chambres réunies, le procureur général Dupin porta un défi, à cet égard, et le défi n'a pas été accepté : c'est qu'il n'y a pas une ombre de différence entre les textes et les principes du droit coutumier, et les textes et les principes du code civil. La tradition est donc décisive.

Quand la question se présenta pour la première fois, la cour de Lyon la décida en invoquant la tradition, il ne fallait pas d'autres motifs : conçoit-on que le code déroge à une doctrine séculaire, alors qu'il reproduit textuellement les principes dont cette doctrine est la conséquence

(1) Voyez les témoignages dans Rodière et Pont, t. II, p. 353, n° 1085, et *Revue critique,* t. V, p. 408, et t. IX, p. 411.

et la consécration? Pendant quarante-huit ans, il ne s'éleva aucune controverse sur le caractère des reprises et sur le droit de la femme : la pratique suivait la tradition, et les auteurs ne songeaient pas même à mettre en question ce qui paraissait et ce qui était, en effet, une vérité aussi élémentaire qu'évidente. Comme le code, dit Toullier, ne donne pas de privilége à la femme, elle est réduite à venir à contribution avec les créanciers. Les traducteurs de Zachariæ avaient enseigné, dans les premières éditions, les propositions que la cour de cassation a consacrées dans son dernier arrêt en revenant sur sa jurisprudence antérieure; ces propositions, disent MM. Aubry et Rau, nous semblaient ne pas devoir donner lieu à de sérieuses difficultés. MM. Rodière et Pont disent la même chose; dans leur première édition, ils enseignaient que la femme et les autres créanciers sont sur la même ligne et ont pour débiteur commun la communauté, sans même supposer que cela pût être mis en question (1).

529. Mais voilà que la cour de cassation remet en question une doctrine qui avait pour elle les textes, les principes et une tradition séculaire. C'était une de ces opinions nouvelles qui parfois trouvent faveur dans la jurisprudence et qui, si elles l'emportaient, aboutiraient à faire un nouveau code civil. D'ordinaire ce sont les auteurs qui prennent l'initiative de ces innovations; la jurisprudence, plus réservée et traditionnelle de sa nature, les accueille rarement. Cette fois, la cour de cassation donna le mauvais exemple; les arrêts de 1853 et de 1854 soulevèrent une vive opposition; pendant cinq ans, il parut dissertation sur dissertation dans les divers recueils de droit; il y a toute une littérature sur la matière (2). La doctrine l'emporta. En 1858, les chambres réunies de la cour de cassation répudièrent l'opinion admise jusque-là par la

(1) Voyez les citations dans Rodière et Pont, t. II, p. 357, n° 1086. Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 363, note 28. La jurisprudence belge a toujours été en ce sens. Jugement du tribunal de Gand, confirmé par la cour, du 8 avril 1834 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 288); Rejet de la cour de cassation de Belgique, 17 décembre 1863 (*ibid.*, 1864, 1, 240).

(2) Voyez les citations dans Rodière et Pont, t. II, p. 367 et note 1, n° 1091, et Mourlon, t. III, p. 98, note 1.

chambre civile. La cour a persisté dans cette jurisprudence nouvelle (1); de sorte que la question, si longtemps débattue, est vidée. Il faut cependant s'arrêter aux mauvaises raisons (le mot est de Dupin) qui pendant cinq ans avaient entraîné la cour suprême et, à sa suite, les cours d'appel. Nous disons que ces révolutions de la jurisprudence offrent un grave enseignement. Elles doivent apprendre à nos jeunes lecteurs à se défier des opinions nouvelles dans une science toute traditionnelle; elles doivent leur apprendre surtout à s'attacher aux textes, c'est-à-dire à la volonté du législateur. Non pas qu'il ne faille jamais innover; si une innovation devient nécessaire, qu'on la propose, c'est au législateur à l'adopter. Les juges qui font la loi la font toujours très-mal, ce n'est pas leur mission, et ils n'ont pas la liberté et l'indépendance nécessaires. Nous l'avons dit bien des fois, nous allons en donner une nouvelle preuve dans la question des reprises.

530. Nous avons dit que la femme est créancière, d'après le texte même du code (n° 527). Or, d'après l'article 2093, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, *à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*. Ces causes de préférence ne peuvent résulter que de la loi, puisqu'elles dérogent au droit commun. La question est donc celle-ci : Y a-t-il une loi d'où l'on puisse induire en faveur de la femme une cause de préférence pour ses reprises? Le code contient un titre où il établit des causes de préférence; la femme y figure, mais seulement pour son hypothèque légale; nous reviendrons sur ce point au titre qui est le siége de la matière. L'hypothèque légale frappe les immeubles du mari et, dans l'opinion commune, les conquêts. Restent les meubles de la communauté; la préférence sur les meubles constitue un privilége : la loi accorde-t-elle un privilége à la femme? Le silence de la loi décide la question. Aucun privilége, dit l'arrêt de 1858, soit général, soit spécial,

(1) Arrêt des chambres réunies du 16 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 5). Voyez les arrêts postérieurs dans Rodière et Pont, t. II, p. 367, note 2, et dans Aubry et Rau, t. V, p. 363, note 28, § 511.

n'est inscrit, en faveur de la femme, sur les meubles de la communauté, dans les articles 2101 et suivants du code civil; nous ajouterons que la loi hypothécaire belge n'a fait que reproduire, sous ce rapport, les dispositions du code Napoléon. Voilà un premier point qui ne saurait être contesté. Le silence du code au titre des *Hypothèques* est décisif, car c'est là que devrait se trouver le privilége de la femme pour ses reprises, si la loi avait entendu lui en accorder un.

531. Les arrêts de 1853 et de 1854 se bornent à dire qu'il résulte des articles 1470, 1471, 1483 et 1493 que c'est *à titre de propriétaire* que la femme, de même que le mari et avant ce dernier, a droit au prélèvement préalable de ses *propres* lors de la dissolution de la communauté, et qu'ainsi l'actif de cette communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des *reprises*. Il suit de là, dit la cour, que la femme ne peut être placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté et qu'elle doit être remplie intégralement de ses reprises avant que les tiers créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de la communauté (1).

On peut opposer à cette argumentation une fin de non-recevoir. La cour oublie une règle d'interprétation qui est fondamentale, c'est que l'on ne doit pas faire dire au législateur ce qu'il n'a pas entendu décider. Il faut une loi qui donne à la femme une préférence à l'égard des autres créanciers (art. 2093). Et où la cour va-t-elle chercher cette loi? Dans des dispositions où il n'est pas question des créanciers. Les articles cités par la cour de cassation se trouvent dans la section V, qui a pour objet le partage de la communauté; les articles 1470 et 1471, qui sont le vrai siége de la difficulté, traitent d'une opération préliminaire du partage. Et que dit l'article 1470 qui ouvre la matière? « Sur la masse des biens, *chaque époux* ou *son héritier* prélève. » Ainsi les prélèvements se font entre les époux et leurs héritiers. Il est très-vrai que, pour les prélève-

(1) Cassation, 15 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 75); 11 avril 1854 (id., 1854, 1, 152).

ments, la femme est préférée au mari, puisque les prélèvements ont pour objet de former la masse partageable, et que le mari n'exerce ses droits que sur cette masse, donc déduction faite des reprises de la femme. Mais cela se fait entre époux, entre copartageants; le partage de même que les opérations préliminaires sont étrangers aux créanciers de la communauté. De ce que, pour ses prélèvements, la femme est préférée au mari, va-t-on conclure qu'elle est aussi préférée aux créanciers de la communauté? Nous répondons que c'est faire décider au législateur ce qu'il n'a pas entendu décider. En effet, il n'est pas dit un mot des créanciers de la communauté dans les articles qui concernent les prélèvements, il n'y est question que des époux. Si, entre époux, la loi donne une préférence au créancier des reprises sur le conjoint copropriétaire des biens communs, cette préférence peut-elle être étendue aux créanciers que la loi ne mentionne pas? Etend-on des causes légales de préférence? C'est cependant ce que la jurisprudence a fait pendant cinq ans; elle a commis un excès de pouvoir en créant une cause de préférence que la loi ignore. S'il était permis de procéder ainsi, on trouverait toujours des *causes légitimes de préférence* (art. 2092) : chaque interprète en créerait à sa guise, mais aussi chaque interprète serait législateur.

532. On dira que la loi n'avait pas besoin de mentionner les créanciers de la communauté en traitant des prélèvements. S'il est vrai que les prélèvements s'exercent à titre de propriété, il s'ensuit que la femme peut les exercer contre tous, car tel est le caractère du droit de propriété, droit absolu qu'il ne faut pas confondre avec un simple privilége. Il nous faut donc voir si la femme exerce ses reprises comme propriétaire. Le texte répond à la question. Il y a une reprise qui n'est que l'exercice du droit de propriété; aux termes de l'article 1470, n° 1, chaque époux prélève ses biens personnels *qui ne sont point entrés en communauté* s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi. Les prélèvements du n° 1, dit l'arrêt de 1858, s'exercent à titre de propriétaire et constituent une véritable revendication. En veut-on la preuve? Elle

est écrite dans là loi. En effet, d'après l'article 1402, l'époux ne peut prélever ou reprendre ses propres qu'à la charge de justifier qu'il avait la propriété ou la possession légale de ces biens antérieurement au mariage, ou qu'ils lui sont échus depuis à titre de succession ou de donation. Donc l'époux qui prélève ses biens personnels est un propriétaire qui revendique ce qui lui appartient. Ce droit absolu, il peut l'opposer à tous, par une raison très-simple : les créanciers de la communauté n'ont de droit de gage que sur les biens de la communauté ; or, les propres des époux, l'article 1470 le répète, ne sont point entrés en communauté ; donc les créanciers n'y ont aucun droit.

Est-ce aussi à titre de propriétaire que l'époux exerce les reprises proprement dites? Car il importe de rappeler que le prélèvement des propres n'est pas un vrai prélèvement et ne constitue pas une véritable reprise. Nous l'avons déjà dit (n° 500), et cela n'est pas contesté ; on ne doit donc pas dire que si les reprises du n° 1 se font à titre de propriétaire, il en est de même de toutes les reprises, la loi les mettant toutes sur la même ligne. Ce serait très-mal raisonner. La reprise des propres est une revendication, la loi elle-même le dit (art. 1402). Les autres reprises ne sont pas une revendication, nous l'avons prouvé d'avance en établissant que la femme les exerce comme créancière ; nous allons compléter notre démonstration en établissant qu'elle ne peut pas exercer ces reprises à titre de propriété. Il s'agit du prélèvement que la femme fait du prix de ses propres aliénés et des autres indemnités qui lui sont dues par la communauté, quand celle-ci s'est enrichie aux dépens des propres de la femme. Est-ce là l'exercice du droit de propriété? L'arrêt de 1858 répond : que la femme fait ces prélèvements à titre de créancière. En effet, l'action a alors pour cause une diminution du patrimoine de l'un des époux et un profit corrélatif fait par la communauté ; or, cette cause ne produit pas un droit de propriété sur des objets déterminés ; il en résulte, non une action en revendication, mais une créance et une action mobilière. En jugeant le contraire, la jurisprudence confondait les notions les plus simples, la différence qui existe entre les

droits réels et les droits de créance. Qu'est-ce qui caractérise les droits réels, et notamment la propriété, qui les comprend tous? Le droit réel suppose, comme le dit l'arrêt de 1858, un objet déterminé dans lequel il s'exerce : conçoit-on le pouvoir de disposer de la manière la plus absolue d'une chose, alors que cette chose est indéterminée? Cela est contradictoire dans les termes. La jurisprudence tombait dans cette contradiction en décidant que la femme de même que le mari exerçaient leurs reprises à titre de propriété. Prenons le cas le plus usuel : Un propre de la femme est vendu, le prix en est versé dans la communauté; la femme a une récompense de ce chef. Quel est l'objet de son droit? Sont-ce les espèces qui ont été versées dans la communauté? Non, car elle ne les reprend pas en nature. Que reprend-elle? Une valeur. Revendique-t-on une valeur? Est-ce que le créancier qui agit contre son débiteur revendique? La femme qui est créancière ne revendique pas plus que tout autre créancier. Vainement dit-on qu'à la différence des autres créanciers la femme s'approprie les effets de la communauté à son choix. Est-ce là une revendication? Non; celui qui revendique *est* propriétaire, tandis que la femme le *devient* seulement, après qu'elle a exercé ses prélèvements; de même que tout créancier *devient propriétaire* par le fait du *payement*. Etre payé ne veut pas dire revendiquer.

On a prétendu que le droit de propriété de la femme qui exerce ses reprises résulte des articles 1470 et 1471. Ces articles disent que chaque époux *prélève* ses reprises sur la masse : est-ce qu'un créancier *prélève* ce que son débiteur lui doit? Les époux qui prélèvent ont le *choix des biens* : est-ce que le créancier peut, à son choix, prendre, parmi les biens de son débiteur, ceux qui lui conviennent? Donc l'époux n'est pas créancier. Reste à prouver qu'il agit comme propriétaire. Pour le prouver on recourt à des fictions. C'est à raison de ses propres qui ont été versés dans la communauté que l'époux a droit à une indemnité; les propres n'existant plus en nature, la loi, dit-on, y subroge les biens de la communauté. D'autres disaient que les biens de la communauté servaient de remploi à l'époux

qui a droit à une récompense. Qu'il y ait *subrogation* ou *remploi*, toujours est-il que l'époux exerce ses droits dans les effets mobiliers ou immobiliers de la communauté; il agit par voie d'*appropriation*, donc à titre de *propriétaire*. Dupin, qui porta la parole dans ce débat comme procureur général, se moque de cette transmutation d'un droit de créance en un droit de propriété, espèce de métempsycose juridique qui transforme un carré en cercle. Ceux qui ont imaginé ce tour de force ont oublié que la subrogation est une fiction, et qu'il n'appartient qu'au législateur de créer des fictions; ils ont oublié que le remploi suppose qu'un immeuble prend la place d'un propre sous les conditions déterminées par la loi; la loi ignôre les remplois tacites aussi bien que la subrogation tacite; l'article même qui parle des reprises dit qu'il n'y a lieu à reprendre le prix des propres aliénés que lorsqu'il n'en a pas été fait remploi, donc la reprise n'est pas un remploi. Le texte et les principes repoussent donc ces suppositions tout à fait gratuites. Tout ce qui résulte des articles que l'on invoque, c'est que les reprises sont des créances d'une nature particulière; elles sont soumises à des règles exceptionnelles; nous en avons dit la raison. Mais de ce qu'il y a lieu de les prélever sur la masse, on ne peut pas conclure que l'époux est propriétaire des objets qu'il prélève par l'effet d'une subrogation ou d'un remploi également imaginaires.

533. Devant les chambres réunies de la cour de cassation, on n'insista pas trop sur le prétendu droit de propriété de l'époux qui exerce une reprise; l'argument avait été ruiné par les attaques de la doctrine. Le pourvoi parlait d'un droit d'*exclusion* à l'égard des créanciers, au profit de la femme, pour ses prélèvements sur les biens de la communauté. C'est une nouvelle preuve que toute cette théorie des reprises de la femme était extralégale; à chaque pas, ses défenseurs étaient obligés d'imaginer des préférences que la loi ignore, tantôt à titre de *privilége*, tantôt à titre de *propriété*, tantôt par *droit d'exclusion*. Qu'importe le mot? Le résultat est toujours le même et la loi repousse le fond des idées aussi bien que les formes

diverses qu'on lui donne. De quel droit *excluraït*-on les créanciers de la communauté des biens appartenant à la communauté? Est-ce parce que la femme a le droit de les prélever? L'arrêt de 1858 répond, comme nous l'avons déjà fait, que les articles 1470 et 1471 ne s'occupent que du partage de l'actif entre les époux et règlent uniquement les droits respectifs de ces derniers. Dérogent-ils en quoi que ce soit aux droits des créanciers? Non, car il n'est pas question des créanciers, et il va sans dire que les créanciers conservent leur gage sur les biens de leur débiteur.

Le pourvoi invoquait encore l'article 1483 pour en induire un droit d'*exclusion* on de *préférence*. Cet article donne à la femme le bénéfice d'émolument, espèce de bénéfice d'inventaire qu'elle peut opposer à son mari pour toutes les dettes et aux créanciers pour celles dont elle n'est point tenue comme débitrice personnelle. Les reprises ne font pas partie de l'émolument jusqu'à concurrence duquel la femme est tenue. Or, dit-on, si l'on permet aux créanciers de concourir avec la femme sur les biens de la communauté, alors que la femme exerce ses reprises, elle sera obligée de venir à contribution avec eux, elle ne sera donc pas payée intégralement et, par conséquent, elle supportera les dettes au delà de son émolument, puisqu'elle les supporte sur ses reprises. La cour de cassation répond que l'exercice des reprises est une créance, par conséquent un droit de la femme sur l'actif de la communauté, tandis que l'article 1482 règle uniquement les obligations de la femme quant au passif en lui accordant, quand elle accepte, une espèce de bénéfice d'inventaire. Il n'y a donc rien de commun entre les reprises et le bénéfice d'émolument; de sorte que la première jurisprudence de la cour de cassation, en se prévalant de l'article 1483, faisait encore une fois décider au législateur une question qu'il n'avait pas pour objet de décider. C'est la plus vicieuse des argumentations, bien que ce soit la plus usuelle, quand on veut introduire des opinions nouvelles dans le code en les plaçant sous l'autorité du législateur.

534. Nous croyons inutile de continuer ce débat, déjà trop long (1). Un mot seulement sur le rôle de législateur que la cour de cassation avait pris dans ses premiers arrêts. Il est certain que si l'arrêt de 1858 est fondé sur les textes, sur les principes et sur la tradition, la première jurisprudence est une violation de la loi et un excès de pouvoir. La cour a donc fait la loi, en donnant à la femme un droit de préférence contre les créanciers de la communauté. Ce nouveau code civil valait-il mieux que l'ancien? On peut hardiment affirmer que non. C'est, au contraire, sous la pression de l'opinion publique et pour rassurer les intérêts alarmés que la cour s'est donné un démenti solennel en refusant à la femme le droit de préférence que la jurisprudence lui avait reconnu presque unanimement. Sans doute, les droits de la femme sont dignes de la faveur du législateur, et il en a tenu compte en lui donnant une hypothèque légale. Mais les intérêts des créanciers sont plus favorables encore, car l'intérêt des tiers c'est l'intérêt général. Il y a des créanciers qui traitent avec le mari sur la foi de sa richesse mobilière; or, la femme augmente le crédit du mari en consentant à l'aliénation de ses propres et en versant le prix dans la communauté; elle engage par là les tiers à traiter avec son mari; viendra-t-elle ensuite opposer à ces mêmes créanciers son droit de reprise? c'est-à-dire reprendra-t-elle, sous forme de prélèvement, les biens qui ont contribué à rassurer les créanciers? Dupin a dit que le droit de reprise ainsi entendu serait un droit de surprise. C'est un bon mot, mais c'est aussi un mot juste (2).

N° 6. NATURE DU DROIT DE REPRISE.

I. *Est-ce un droit mobilier?*

535. Quelle est la nature du droit de reprise? Est-ce un droit mobilier? Ou est-ce un droit immobilier quand le

(1) Voyez l'excellente réfutation que Colmet de Santerre a faite de l'ancienne jurisprudence (t. VI, p. 292, n°s 132 *bis* III et suivants).
(2) Réquisitoire de Dupin (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, p. 297, n° 132 *bis* XIII.

prélèvement s'exerce en immeubles? Il nous semble que, dans l'opinion consacrée par la dernière jurisprudence de la cour de cassation, la réponse ne saurait être douteuse. Elle est fondée sur le principe que la femme n'a qu'un droit de créance; or, tous les droits de créance sont mobiliers, parce qu'ils tendent à mettre dans les mains du créancier une somme d'argent, c'est-à-dire une chose mobilière; on peut donc appliquer aux reprises cette vieille définition : *Jus est mobile quod tendit ad mobile.* Toutefois la question est controversée. Constatons d'abord quel est l'intérêt pratique du débat, si l'on applique aux reprises les principes qui régissent les droits mobiliers. La veuve qui a un droit de reprise dans une première communauté se remarie sous le régime de la communauté légale; son droit de reprise entrera-t-il dans l'actif de la communauté? Oui, puisque c'est un droit mobilier; si donc la première communauté se liquide et que la femme prélève ses reprises en immeubles, ces immeubles entreront en communauté, parce que la femme les reçoit à titre de reprise, c'est-à-dire de droit mobilier. De même si la femme ou le mari font un legs universel de leur mobilier, le légataire aura droit aux reprises, alors même que, lors de la liquidation de la communauté, les reprises s'exerceraient par un prélèvement sur les immeubles. Il n'y a qu'une restriction à faire à cette décision : la volonté des parties contractantes fait leur loi, et l'intention du testateur fait aussi loi pour l'interprétation de ses dispositions; il faut donc avant tout voir ce que veut le disposant et ce que veulent les parties (1). C'est le droit commun.

536. Dans l'opinion qui a régné pendant cinq ans dans la jurisprudence sur les reprises de la femme, la nature des reprises dépendait du prélèvement. La femme étant censée les exercer à titre de propriétaire, son droit était considéré comme mobilier quand elle prélevait des meubles, et comme immobilier quand elle prélevait des immeubles. Un arrêt rendu par la chambre des requêtes, sous l'empire de la nouvelle jurisprudence, réfute dans des

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 358, § 511, et les arrêts cités plus bas.

termes très-vifs cette doctrine qui est, en effet, étrange ; elle est contraire à tous les principes du droit, dit la cour, et repose sur une confusion qui ne résiste pas à l'examen. Il y a dans la femme mariée deux personnes distinctes qui ont des droits d'une nature toute différente. En sa qualité de femme commune, elle a sur la communauté un droit de copropriété qui aboutit à une action en partage quand elle accepte la communauté. En qualité de créancière de la communauté, elle a contre elle une action à l'effet de se faire payer le montant de ses reprises dont la communauté est débitrice ; et de quoi la communauté est-elle débitrice ? Des valeurs qui y ont été versées du chef de l'aliénation des propres de la femme ; elle reçoit des valeurs, et elle doit les restituer ; sa dette est donc mobilière, et partant le droit de l'époux est mobilier. On objecte que la femme exerce ses reprises par voie de prélèvement sur les biens de la communauté. Ce prélèvement change-t-il la nature du droit de reprise ? La reprise ne consiste pas dans le prélèvement ; ce prélèvement est un mode d'exercer la reprise, c'est-à-dire un mode de payement. Est-ce que la mode de payer une créance en détermine la nature ? Non, certes. Donc la nature de la reprise reste la même, que l'époux créancier prélève des immeubles ou des meubles ; mobilière dans son principe, elle reste mobilière, de quelque manière qu'elle s'exerce (1).

537. On est étonné de voir l'ancienne doctrine survivre à la nouvelle jurisprudence inaugurée en 1858 par les chambres réunies. MM. Rodière et Pont qualifient de méprise évidente la décision de la chambre des requêtes que nous venons d'analyser (2). En quoi consisterait cette prétendue erreur ? On invoque le principe de la rétroactivité du partage, et on l'applique au prélèvement. Il nous semble que si méprise il y a, c'est de la part de ceux qui parlent de la rétroactivité du partage, alors qu'il n'y a pas encore de partage. En effet, les prélèvements sont une

(1) Rejet, 2 juin 1862, sur le rapport de Renault d'Ubexi (Dalloz, 1862, 1, 420).

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 348, nº 1082, et t. Ier, p. 302, nºs 383 et suiv. Comparez Mourlon, t. III, p. 100, note. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 357 et note 13, § 511.

opération préliminaire au partage; c'est ce que dit l'article 1474 : « Après que les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux et ceux qui les représentent. » Si le partage ne se fait qu'après les prélèvements, on ne peut pas dire que le prélèvement soit un partage. Ce qui prouve encore que les reprises des époux n'ont rien de commun avec le partage de l'actif, c'est que la femme a droit à ses reprises, alors même qu'elle renonce (art. 1493), et l'article 1494 dit que la femme renonçante peut exercer ses reprises, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari. Il est vrai que la question de savoir si la femme qui renonce a les mêmes priviléges que la femme qui accepte est controversée. Mais peu importe; ce qui ne peut être contesté, puisque la loi le dit, c'est que la femme renonçante a les mêmes reprises que la femme acceptante; le droit de reprise est identique dans les deux hypothèses; s'il est mobilier quand la femme renonce, comment serait-il immobilier lorsque la femme accepte? Quant à la rétroactivité du partage, il faut l'écarter. Nous l'écartons parce qu'il ne saurait être question de faire rétroagir un partage qui n'existe pas. Et on ne peut étendre aux opérations préliminaires du partage un principe que la loi établit seulement pour le partage. Il y a de cela une raison décisive, c'est que la rétroactivité du partage est une fiction, et on n'étend pas les fictions. Or, la doctrine que nous combattons établit une nouvelle fiction, la rétroactivité des opérations préliminaires du partage; les interprètes n'ont pas ce droit-là, quand même ils auraient les meilleures raisons pour faire rétroagir les prélèvements. Nous croyons inutile d'insister, les principes ayant une certitude absolue. La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens (1); les cours de France sont divisées (2).

(1) Cassation, 18 juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 319). Liége, 19 janvier 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 140). Bruxelles, 7 mars 1857; 12 janvier 1859; 16 novembre 1863; 18 juillet 1866 (*ibid.*, 1857, 2, 14; 1864, 2, 34; 1866, 2, 174; 1867, 2, 259).

(2) Metz, 10 avril 1862 (Dalloz, 1862, 2, 141). En sens contraire, l'arrêt précité (p. 560, note 1) de la cour de cassation.

538. Il va sans dire que ces principes reçoivent leur application au cas où la femme renonçante exerce ses reprises. Peu importe que l'on accorde ou que l'on refuse à la femme renonçante les priviléges de la femme qui accepte, cela regarde l'exercice du droit, le mode de payement, et la nature du droit dépend de son objet et non de la manière dont il est exercé.

Par la même raison, le principe s'applique à toute espèce de reprises dues par la communauté, pour les indemnités du n° 3 de l'article 1270, aussi bien que pour le prix des immeubles, cas prévu par le n° 2. Le principe est toujours le même; seulement en se plaçant au point de vue des objections que l'on fait à notre opinion, on peut dire qu'il y a un argument *à fortiori* dans le cas prévu par le n° 3. Ainsi quand la femme s'oblige solidairement avec son mari dans l'intérêt de la communauté, elle a droit à une indemnité. Comment soutenir, dans ce cas, que la créance de la femme est immobilière? Elle demande à être dédommagée d'une obligation; elle doit une somme d'argent, et elle a droit, à titre d'indemnité, à une somme d'argent. Tout est mobilier dans ce fait juridique. Qu'importe après cela comment se règle le payement?

II. *Les prélèvements sont-ils une dation en payement?*

539. On a souvent comparé le prélèvement à une dation en payement. Il y a, en effet, une analogie apparente. L'époux, créancier de la récompense, a droit à une somme d'argent; c'est ce que nous venons d'établir pour prouver que son droit est mobilier; en payement de cette somme d'argent, il prélève des meubles ou des immeubles; voilà, en apparence, une dation en payement. Toutefois la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider qu'il n'y a pas de véritable dation en payement. Aux termes de l'article 1243, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, et il va de soi qu'il ne peut demander que ce qui lui est dû. Si donc le créancier d'une somme d'argent reçoit en paye-

ment une chose mobilière ou immobilière, cela se fait par concours de consentement, c'est-à-dire par une convention nouvelle qui équivaut à une vente, en ce sens, du moins, qu'elle est translative de propriété. Est-ce ainsi que les choses se passent en cas de prélèvement? Non; c'est une masse qui est débitrice; cette masse n'est pas une personne civile, elle n'a même plus de représentant dans le mari, puisque la communauté est dissoute; les deux époux ou leurs héritiers liquident, celui qui est débiteur rapporte à la masse ce qu'il doit, celui qui est créancier prélève ce qui lui est dû, et il fait ce prélèvement en effets de la communauté; c'est un droit pour lui, il l'exerce sans le concours de consentement de son conjoint ou de ses héritiers; c'est la loi qui règle ainsi le mode de payement des récompenses. Il y a une autre différence plus importante entre la dation en payement et le prélèvement. Le débiteur qui, du consentement du créancier, lui donne en payement un meuble ou un immeuble, donne une chose qui lui appartient dans le but d'en transférer la propriété, aussi la dation en payement est-elle essentiellement translative de propriété. Il n'en est pas de même quand l'époux, créancier d'une indemnité, prélève ce qui lui est dû en effets de la communauté; la masse sur laquelle il fait le prélèvement est une masse indivise dont il est copropriétaire; en prélevant un effet de la communauté, il prend en payement de ce qui lui est dû une chose dont il est copropriétaire par indivis; il ne peut s'agir de transférer la propriété à celui qui est déjà propriétaire. Le prélèvement n'opère donc pas une translation de propriété, c'est une liquidation de créances et de dettes qui se fait d'après des règles particulières, ce qui évite la lenteur et les frais d'une vente à laquelle, à défaut de prélèvement en nature, les parties intéressées auraient dû procéder (1).

540. Du principe que le prélèvement n'est pas un acte translatif de propriété suivent des conséquences très-importantes. Quand le débiteur donne un immeuble en payement de ce qu'il doit, il s'opère une translation de pro-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 365, note 31, § 511, et les autorités qu'ils citent. Comparez les arrêts cités plus loin (nos 540 et 541).

priété immobilière; par suite, l'acte qui constate la dation en payement doit être transcrit, d'après les lois qui, en Belgique et en France, exigent la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers (1). En est-il de même du prélèvement qui se fait en immeubles? La question est controversée; nous y reviendrons au titre des *Hypothèques*. Si l'on admet les principes que nous venons d'exposer, il faut décider qu'il n'y a pas lieu à transcription. Il est certain que le prélèvement ne doit pas être rendu public comme opérant transmission de la propriété, puisqu'il n'est pas translatif de propriété. La cour de cassation de France l'a jugé ainsi; elle a décidé que le prélèvement ne constitue ni un partage proprement dit, ni une dation en payement. Toutefois la cour ajoute que c'est une opération déclarative de propriété; ici naît un doute, car, d'après notre loi hypothécaire, les actes déclaratifs de propriété sont aussi soumis à la transcription; c'est cette question dont nous ajournons l'examen.

La cour de cassation tire du principe qu'elle consacre une conséquence très-logique. On suppose que l'immeuble prélevé par l'époux est grevé d'un privilége ou d'une hypothèque non inscrits; le créancier peut-il encore prendre inscription après le prélèvement? Si l'on admet que le prélèvement ne doit pas être transcrit, l'inscription peut toujours être faite utilement, puisqu'il n'y a aucun changement dans la situation des parties intéressées; le créancier privilégié ou hypothécaire conserve le droit de prendre inscription, tant qu'il n'y a pas d'acte translatif de propriété qui ait été transcrit (2).

541. Il a été jugé que les prélèvements exercés par la femme acceptante ne sont pas soumis au droit de mutation; nous dirons plus loin qu'il en est autrement des reprises de la femme renonçante. L'arrêt de la cour de cassation établit nettement le caractère du prélèvement. La femme, dit la cour, qui exerce ses reprises sur les biens

(1) Loi hypothécaire belge, art. 1er. Loi française du 23 mars 1855, art. 1er, § 1er.

(2) Rejet, chambre civile, 20 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 1, 497). Aubry et Rau, t. V, note 49, § 209.

de la communauté agit en la double qualité de créancière et de commune; elle se paye sur des biens sur lesquels elle ne peut, sans doute, réclamer un droit de préférence à l'égard des autres créanciers de la communauté, mais dont elle n'est pas moins copropriétaire par indivis avec son mari ou ses héritiers; le prélèvement qu'elle exerce est, au point de vue des droits d'enregistrement, l'une des opérations du partage, avec lequel il se confond (1). Il en serait ainsi alors même que la femme dont les reprises excèdent la valeur des effets qui composent la masse, fait l'abandon de la communauté aux héritiers du mari, à la charge par eux de payer ses reprises. Peu importe, dit la cour, comment les prélèvements se font, c'est-à-dire comment les reprises s'exercent; la créance de la reprise reste toujours la même, que le prélèvement se fasse en prenant certaines valeurs de la masse ou qu'il s'effectue par le payement d'une somme d'argent; il n'est, dans l'une et l'autre hypothèse, qu'un règlement entre époux et une opération de liquidation destinée à déterminer la consistance de la communauté et n'impliquant aucune transmission de propriété. Dans l'espèce, il y avait, en apparence, transmission de propriété, puisque la femme abandonnait aux héritiers du mari ses droits sur la communauté. La cour de cassation répond que la femme ne peut pas transmettre une propriété qu'elle n'a point; la masse indivise appartient, à la vérité, aux deux époux, mais ils ne peuvent la partager qu'après que les prélèvements ont été faits; donc ce sont les biens, déduction faite des prélèvements, qui constituent la masse partageable, et qui forment la propriété indivise des communistes. Quand les prélèvements absorbent et au delà les biens de la communauté, il ne reste rien pour la masse partageable; la femme ne cède donc rien de cette masse aux héritiers; partant, l'abandon qu'elle leur fait n'opère aucune transmission de propriété. La femme, dit la cour, ne se dessaisit pas, au profit des héritiers du mari, d'un droit de propriété qu'elle n'avait point; elle leur cède ses droits

(1) Cassation, 3 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310).

sur les biens de la communauté qu'elle pouvait prendre tous à titre de prélèvement, donc sans transport de propriété(1). Sur ce dernier point, il nous reste quelque doute. La femme a le droit de prendre toute la communauté à titre de prélèvement, sans qu'il y ait transmission de propriété, cela est certain. Mais quand la femme abandonne toute la communauté aux héritiers du mari, elle ne prélève pas, elle cède ses droits sur l'actif, et c'est en vertu de cette cession que les héritiers du mari deviennent propriétaires ; sans la cession, ils n'auraient eu aucun droit sur les biens que la femme leur a abandonnés ; s'ils ne deviennent propriétaires que par la cession, ne faut-il pas en conclure que l'abandon constitue un transport de propriété?

542. En cas d'insuffisance des biens communs, la femme peut agir contre le mari (art. 1472). Si le mari ou ses héritiers lui donnent en payement de ses reprises des meubles ou des immeubles, il y a dation en payement proprement dite, donc transport de propriété, avec toutes les conséquences qui en résultent : nécessité de la transcription et payement des droits de mutation. Ce principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence, et il ne saurait être contesté. La femme qui agit contre son mari est une créancière ordinaire, elle n'exerce pas son droit par voie de prélèvement sur les biens du mari, car elle n'a aucun droit sur ces biens, sinon le droit de gage qui appartient à tout créancier. Il est vrai que l'article 1472 dit que la femme exerce ses reprises *sur les biens personnels du mari*, mais la loi s'exprime ainsi par opposition aux *biens de la communauté* qui se trouvent insuffisants ; elle n'a pas pu donner à la femme un droit de prélèvement sur des biens qui ne font pas partie de la communauté. La femme doit, par conséquent, procéder par voie de saisie, comme font tous les créanciers (2).

(1) Cassation, 1er décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 17).
(2) Cassation, 3 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 310). Mourlon, t. III, p. 96, n° 226.

§ III. *Des créances de l'un des époux contre l'autre.*

543. L'article 1478 porte : « Après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels. » On appelle d'ordinaire ces créances des *récompenses* entre époux; la loi ne se sert pas de cette expression; l'article 1479 qualifie de *créances personnelles* celles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre. Ces créances diffèrent, en effet, des récompenses; celles-ci sont soumises à des règles spéciales qui ne s'appliquent pas aux créances entre époux, il vaut donc mieux s'en tenir à la terminologie du code.

544. Quand l'un des époux est-il créancier personnel de l'autre? L'article 1478 donne un exemple : « Comme lorsque le prix de son bien a été employé à payer une dette personnelle à l'autre époux; » puis la loi ajoute : « Ou pour toute autre cause. » L'exemple est emprunté à Pothier, il faut y faire une restriction. Si le prix provenant de la vente d'un propre est versé dans la communauté, celle-ci devra une récompense à l'époux propriétaire de l'immeuble aliéné (art. 1433), et si les deniers servent ensuite à payer une dette personnelle à l'autre conjoint, celui-ci devra une indemnité à la communauté; il y aura, dans ce cas, lieu à une double récompense, sans que l'époux propriétaire de l'héritage devienne créancier personnel de son conjoint. Pour que l'époux qui vend un propre, afin de payer la dette de son conjoint, devienne créancier personnel de celui-ci, il faut que le prix soit remis directement au créancier ou que le prix lui ait été délégué; il en serait de même si l'immeuble était donné en payement de la dette. Dans tous ces cas, le prix n'étant pas versé dans la communauté ni employé par elle, il n'y a pas lieu à récompense; l'époux dont le propre a servi à acquitter une dette de son conjoint devient créancier personnel de celui-ci. La distinction est importante; il en résulte que l'on n'applique pas à l'époux

créancier les règles spéciales qui régissent **les récompenses**. Nous reviendrons sur cet point. Il nous faut voir encore quelles sont les autres causes en vertu desquelles, d'après l'article 1478, l'un des époux peut devenir débiteur de l'autre. Les auteurs les énumèrent; elles sont rares et appartiennent à la théorie plutôt qu'à la pratique.

Le contrat de vente peut avoir lieu entre époux dans les trois cas prévus par l'article 1595. C'est plutôt une dation en payement. Si l'époux doit 10,000 francs, et qu'il donne en payement un immeuble qui en vaut 15,000, il est créancier de 5,000 francs, dette personnelle entre époux.

L'article 1438 prévoit le cas d'une dot constituée conjointement par le père et la mère, et décide qu'ils sont censés avoir doté chacun pour moitié. Si la dot est payée en biens personnels à l'un des époux, celui-ci a sur les biens de l'autre une action en indemnité pour la moitié de la dot : c'est encore une créance personnelle. La loi dit, il est vrai, que l'époux a une action *sur les biens de l'autre,* mais c'est pour marquer que la dette ne se poursuit pas sur les biens de la communauté; ce n'est pas une récompense, c'est une dette entre époux.

Le mari garantit la vente que la femme a faite d'un propre; il est poursuivi par l'acheteur et obligé de payer les dommages-intérêts résultant de l'éviction; l'article 1432 dit qu'il aura un recours contre la femme soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels. En disant que le mari a une action sur la part que la femme a dans la communauté, la loi suppose que la communauté est dissoute; est-ce à dire que le mari ne puisse agir qu'à la dissolution de la communauté? Nous reviendrons sur la question, elle se présente pour toutes les créances que les époux ont l'un contre l'autre.

Les donations que l'un des époux fait à l'autre constituent encore le donateur débiteur personnel à l'égard du donataire. Aux termes de l'article 1480, ces donations ne s'exécutent que sur la part du donateur dans la communauté et sur ses biens personnels. Ce sont les termes de l'article 1432; on ne voit pas d'abord pourquoi la loi le dit, puisque tel

est le droit commun. C'est que l'on aurait pu croire que les donations devaient s'exécuter sur la communauté; dans ce cas, la donation ne serait une libéralité que pour moitié, puisque le donataire a droit à l'autre moitié comme époux commun. Le législateur suppose, et cela est naturel, que celui qui déclare donner 10,000 francs à son conjoint veut lui donner la somme entière et non la moitié. Toutefois rien n'empêcherait que l'un des conjoints fît une donation avec cette clause qu'elle s'exécuterait sur la communauté; le donateur peut donner ce qu'il veut (1). Il faut donc consulter avant tout l'intention du donateur.

Il n'est parlé nulle part des dettes que les époux auraient contractées l'un envers l'autre avant le mariage. La plupart des dettes sont mobilières, et le droit qui en résulte pour le créancier est aussi mobilier. De là suit que les créances tombent dans l'actif de la communauté et les dettes dans le passif, c'est dire qu'elles s'éteignent par confusion. Toutefois les époux pourraient exclure ces dettes par leur contrat de mariage en stipulant la réalisation. C'est en ce sens que Pothier formule l'exemple qu'il donne des dettes antérieures constituant une dette personnelle entre époux : « Lorsque l'un des époux, dès avant le mariage, était créancier de l'autre conjoint d'une somme d'argent et que cette dette a été exclue de la communauté, tant de la part du conjoint créancier, par une clause de réalisation de son mobilier, que de la part du conjoint débiteur, par une convention de séparation de dettes, le conjoint continue d'avoir sa créance lors de la dissolution de la communauté, non contre la communauté, mais contre l'autre conjoint qui en est le débiteur (2). »

545. Quand les créances de l'un des époux contre son conjoint peuvent-elles être poursuivies? On admet généralement qu'elles ne peuvent l'être qu'après la dissolution de la communauté (3)? Cette opinion se fonde sur les termes

(1) Duranton, t. XIV, p. 603, nº 482. Colmet de Santerre, t. VI, p. 310, nº 140 *bis*.
(2) Pothier, *De la communauté*, nº 677. Aubry et Rau, t. V, p. 370, § 512, et tous les auteurs.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 372, note 7, § 512, et les autorités qu'ils citent.

de l'article 1478 qui porte : « *Après le partage consommé*, l'époux créancier exerce sa créance sur la part de l'époux débiteur dans la communauté ou sur ses biens personnels. » Il nous semble que c'est faire dire à la loi ce qu'elle n'a pas pour objet de décider. De quoi s'agit-il dans l'article 1478? La loi dit sur quels biens s'exercent les créances personnelles des époux. Elles ne s'exercent pas par voie de récompense ou de prélèvement sur la communauté, puisque l'époux n'est pas créancier de la communauté; créancier personnel, on lui applique le droit commun, d'après lequel les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Le texte laisse donc la question entière, et on doit la décider d'après les principes. Or, tout créancier a le droit d'agir contre son débiteur : le droit d'action constitue l'essence de la créance. Pourquoi l'époux créancier ne pourrait-il pas agir ? On dit que les créances ne peuvent s'exercer avant le partage, parce que jusque-là on ne sait pas quels sont les droits de l'époux débiteur dans la communauté. Sans doute, l'époux créancier ne peut pas poursuivre son droit sur la part de son débiteur dans une communauté qui n'est pas dissoute. Mais si l'époux débiteur a des biens personnels, l'objection tombe; dès lors on reste dans le droit commun. La jurisprudence est indécise, et les arrêts que l'on cite en faveur de l'opinion générale n'ont pas grande autorité. La cour de Paris a jugé, dans un très-ancien arrêt, que les époux ne pouvaient agir l'un contre l'autre pendant la durée de la communauté, parce qu'il y a confusion de droits. Cela suppose des dettes antérieures au mariage; mais quand la créance naît pendant le mariage par suite d'une vente que l'un des époux fait à son conjoint, il n'y a aucune confusion. La cour ajoute qu'il y a une liquidation à faire pour savoir lequel des deux époux est créancier ou débiteur (1). Est-ce que la cour ne confond point les récompenses et les dettes entre époux? Si les deux époux sont respectivement débiteurs l'un de l'autre, il se fait compensation, mais il

(1) Paris, 10 frumaire an XIII (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2443). On cite encore un arrêt de Bordeaux, 6 mai 1848 (Dalloz, 1850, 2, 11). Dans l'espèce, la femme n'était pas créancière,

n'y a rien à liquider de ce chef. L'arrêt que l'on cite en faveur de notre opinion n'est pas non plus décisif. Il s'agissait de reprises plutôt que de créances ; le mari était en déconfiture et la femme demandait la séparation de biens ; la cour n'a pas décidé en principe que la femme peut agir, de même que les autres arrêts n'ont pas décidé en principe qu'elle n'a pas ce droit (1). Parfois la question concerne les difficultés que présente le système hypothécaire : nous y reviendrons au titre qui est le siége de la matière.

546. Sur quels biens l'époux créancier exerce-t-il ses droits? L'article 1478 répond : « Sur la part de l'époux débiteur dans la communauté ou sur ses biens personnels. » C'est une différence entre les créances personnelles et les récompenses. Il ne peut être question d'un prélèvement quand il s'agit de dettes personnelles aux époux, car le prélèvement a pour objet de liquider la masse partageable, et les créances des époux sont tout à fait étrangères à cette liquidation. Aussi les prélèvements sont-ils régis par des règles exceptionnelles qui ne peuvent pas recevoir leur application à une créance ordinaire. L'époux reste donc dans les termes du droit commun, il a action sur tous les biens de son débiteur (2).

547. L'article 1479 établit une autre différence entre les reprises et les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre : celles-ci ne portent intérêt que du jour de la demande en justice. Les époux restent sous l'empire du droit commun, parce qu'il n'y avait aucun motif d'y déroger. Ici revient la question de savoir quand l'époux peut agir contre son conjoint pour faire courir les intérêts. Dans l'opinion commune, on répond que pendant toute la durée de la communauté l'époux créancier ne peut pas demander les intérêts. Ainsi la loi refuserait de faire courir les intérêts de plein droit, elle obligerait l'époux à agir en justice pour les faire courir et elle lui défendrait en même temps d'agir! Cela est con-

(1) Caen, 17 janvier 1853 (id., 1853, 2, 109).
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 249, n° 960.

tradictoire et injuste. Que dit-on pour justifier cette interprétation? On dit que les créances de l'époux sommeillent. C'est se payer de mots (1). Pourquoi sommeillent-elles? Il nous semble qu'il faut tirer de l'article 1478 une conséquence toute contraire ; puisque la loi soumet l'époux créancier à la rigueur du droit commun, il faut aussi qu'elle lui en accorde le bénéfice.

548. On a demandé si la créance de soulte née du partage peut être régie par l'article 1478. L'affirmative nous paraît si évidente que nous n'aurions pas songé à poser la question. La créance de soulte naît après la dissolution de la communauté; ce n'est pas une créance entre époux communs en biens, c'est une créance ordinaire née d'un contrat où figure d'ordinaire l'époux survivant et les héritiers du prédécédé. Il s'agit donc d'une convention ordinaire, soumise, comme telle, au droit commun, dont l'article 1478 est une application. A l'appui de l'opinion contraire, on invoque l'article 1652 qui fait courir les intérêts du prix de plein droit quand la chose vendue produit des fruits. C'est confondre deux contrats d'une nature très-diverse, la vente et le partage. Le partage reste un partage, alors même qu'il est fait avec soulte; on ne peut donc pas appliquer au partage la disposition exceptionnelle de l'article 1652. L'équité est d'accord avec les principes de droit. La soulte a pour objet d'égaliser les lots; il faut donc croire qu'elle aura été calculée de manière à rétablir l'égalité entre les copartageants, sans que le débiteur de la soulte doive les intérêts de plein droit. Le créancier de la soulte a toujours le moyen de les faire courir en agissant contre le débiteur (2).

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 250, nº 967.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 309, nº 139 *bis* II. En sens contraire, Marcadé, t. V, p. 640, nº I de l'article 1486.

FIN DU TOME VINGT-DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE VI (TITRE V DU CODE CIVIL). — DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX (suite).

CHAPITRE II. — DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ (suite).

SECTION III. — *De l'administration de la communauté.*

ARTICLE 1er. Pouvoir du mari.

§ Ier. *Du droit de disposition.*

No 1. Des actes à titre onéreux.

I. *Pouvoir absolu du mari.*

II. *Le pouvoir absolu du mari et la personnification de la communauté.*

Nº 2. Actes à titre gratuit.

I. *Donations entre-vifs.*

1. Ce que le mari peut donner.

2. Des donations qui dépassent la limite légale.

II. *Des legs.*

N° 3. Restrictions que reçoit le pouvoir du mari.

§ II. *Des actions.*

§ III. *Des dettes contractées par le mari.*

N° 1. A l'égard des tiers.

N° 2. Entre époux.

Article 2. Droits de la femme.

§ Ier. *Des dettes contractées par la femme sans autorisation du mari.*

§ II. *Des dettes contractées par la femme autorisée du mari.*

No 1. Le principe.

No 2. Les exceptions.

§ III. *Des dettes contractées par la femme avec autorisation de justice.*

No 1. Le principe.

No 2. Les exceptions.

I. *Quand la dot est-elle mise en péril?*

II. *Quand les reprises sont-elles en péril?*

N° 4. Les fins de non-recevoir.

§ III. *De la procédure.*

N° 1. La demande.

N° 4. Rétroactivité de la séparation.

I. *Le principe.*

II. *Conséquences.*

1. Quant aux biens.

2. Quant aux dettes

3. Quant aux actes de disposition ou d'administration faits par le mari.

4. De l'acceptation et de la répudiation de la communauté.

§ VI. *Du rétablissement de la communauté.*

N° 1. Conditions.

N° 2. Effet du rétablissement de la communauté.

SECTION VI. — *De l'acceptation et de la répudiation de la communauté.*

§ I[er]. *Du droit d'option.*

§ II. *De l'acceptation.*

N° 1. Des conditions requises pour l'acceptation.

N° 2. Quand l'acceptation doit-elle ou peut-elle se faire?

N° 3. Comment se fait l'acceptation?

I. *De l'acceptation expresse et tacite.*

II. *Du détournement des effets de la communauté.*

III. *Quand l'acceptation veut-elle être attaquée?*

IV. *Effet de l'acceptation.*

§ III. *De la renonciation.*

N° 1. Quand la femme veuve peut-elle renoncer?

N° 6. Nature du droit de reprise.

I. *Est-ce un droit mobilier?*

II. *Les reprises sont-elles une dation en payement?*

III. *Des créances de l'un des époux contre l'autre.*